

Rechtsschutz
gegen die ordnungsbehördliche Festsetzung
und Anwendung von Zwangsmitteln zur Er-
zwingung von Handlungen, Duldungen oder Unter-
lassungen in Nordrhein - Westfalen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Engelbert Arens

aus Bochum

1 9 6 3

→



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555422_0015

R e c h t s s c h u t z
gegen die ordnungsbehördliche F e s t s e t z u n g
und A n w e n d u n g v o n Z w a n g s m i t t e l n z u r E r -
z w i n g u n g v o n H a n d l u n g e n , D u l d u n g e n o d e r U n t e r -
l a s s u n g e n i n N o r d r h e i n - W e s t f a l e n

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Engelbert Arens

aus Bochum

1 9 6 3



1. Berichterstatter: Professor Dr. Scupin
2. Berichterstatter: Professor Dr. Wolff
3. Dekan: Professor Dr. Schelsky
4. Tag der mündlichen Prüfung: 25. Januar 1963

I n h a l t s ü b e r s i c h t

	Seite
Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VIII
A. Gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes gegenüber dem Vollzug von ordnungsbehördlichen Verwaltungsakten	1
B. Ordnungsbehördliche Zwangsbefugnisse zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen	2
I. Ordnungsbehörden in Nordrhein-Westfalen	2
II. Begriff der Zwangsmittel	5
a) Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	5
b) Zwangsmittel im einzelnen	11
1. Ersatzvornahme	11
2. Zwangsgeld	12
3. Ersatzzwangshaft	13
4. Unmittelbarer Zwang	15
III. Vollzug der Zwangsmittel	16
a) Androhung	17
b) Festsetzung	18
c) Anwendung	18
d) Sofortige Anwendung	20
IV. Vergleich von Zwangsgeld und Ersatzzwangshaft mit Geldbuße und Erzwingungshaft	24
a) Wesensmerkmale	24
b) Verfahren	28
C. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung	30
I. Regelung nach dem nwVwVG	30
II. Rechtsschutz auf Grund der Generalklausel der VwGO	34

	Seite
a) Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung als Verwaltungsakte	35
1. Maßnahme	39
2. Verwaltungsbehörde	41
3. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	45
4. Einzelfall	46
b) Insbesondere die Regelung	46
1. Einseitigkeit	46
2. Auf Rechtserfolg gerichtete Willensäußerung	47
3. Außenwirkung	52
4. Unmittelbare rechtliche Wirkung	56
aa) Festsetzung	58
bb) Anwendung	61
c) Beschränkung der Anfechtbarkeit von Zwangsfest- setzung und Zwangsanwendung durch Unanfechtbar- keit der vorausgehenden Maßnahmen	70
D. Zusammenfassung	73

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Anschütz, Gerhard Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen, in Verwaltungsarchiv Bd. 1, Berlin 1893, S. 389 bis 470
- zit. Anschütz, Verwaltungszwang -
- Anschütz, Gerhard, und Thoma, Richard Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, herausgegeben von Anschütz und Thoma, Bd. I, Tübingen 1930; Bd. II, Tübingen 1932
- zit. HDStR I bzw. II -
- Bachof, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951
- zit. Bachof, Klage -
- Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, München 1952, S. 285 bis 316
- zit. Bachof, Verwaltungsakt -
- Baring, Martin Die "Rechtskraft" der Verwaltungsakte, in NJW 1952, S. 1073 bis 1076
- zit. Baring, Rechtskraft -
- Zustellungsmängel, Aufsatzfolge in DVBl. 1951, S. 41 bis 44, 75 bis 78 und 105 bis 108
- zit. Baring, Zustellungsmängel -
- von Brauchitsch, Max, Drews, Bill, und Lassar, Gerhard Die preußischen Verwaltungsgesetze, Bd. I, 24. Auflage, 11. Bearbeitung, Berlin 1930
- zit. von Brauchitsch -
- Drews, Bill Der Entwurf eines preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, in Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt 1931, S. 2 bis 6
- zit. Drews, Entwurf -
- Drews, Bill, Lassar, Gerhard, Brecht, Arnold, und Falck, Carl Allgemeine und politische Polizei, Sonderausgabe von Max von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, 22. Auflage, Bd. II, 1. Halbband, Berlin 1932
- zit. Drews-Lassar, Polizei -
- Drews, Bill, und Wacke, Gerhard Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - 7. Auflage, Berlin, Köln, München und Bonn 1961
- zit. Drews-Wacke, PolR. -
- Dürig, Günther Artikel 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, in Archiv des öffentlichen Rechts, 79. Bd., Tübingen 1953/54, S. 56 bis 86
- zit. Dürig -

- Eyermann, Erich, und
Fröhler, Ludwig Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz
für Bayern, Bremen, Hessen und Württem-
berg-Baden, München und Berlin 1950
- zit. Eyermann-Fröhler, VGG -
- Fecker Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
München und Berlin 1960
- zit. Eyermann-Fröhler, VwGO -
- Fleiner, Fritz Verwaltungszwangsmittel und Wohnungs-
zwangsrecht, in MDR 1950 S. 197 f.
- zit. Fecker -
- Forsthoff, Ernst Institutionen des Deutschen Verwaltungs-
rechts, 8. Auflage, Tübingen 1928
- zit. Fleiner -
- Franzen, Wilhelm Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd.
(Allgemeiner Teil), 8. Auflage, München
und Berlin 1961
- zit. Forsthoff -
- Friedrichs, Karl Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsge-
setz, Greifswald 1932 bis 1934
- zit. Franzen -
- Giese, Friedrich Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni
1931, 2. Auflage, Berlin 1932
- zit. Friedrichs -
- Hatschek, Julius Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auf-
lage, Tübingen 1952
- zit. Giese -
- Haueisen, Fritz Lehrbuch des deutschen und preußischen
Verwaltungsrechts, herausgegeben von
Paul Kurtzig, 7. und 8. Auflage, Berlin
1931
- zit. Hatschek-Kurtzig -
- Herrnritt, Rudolf
Hermann Die Rechtsgrundlagen der Vollstreckung
des Verwaltungsaktes, in NJW 1956,
S. 1457 bis 1460
- zit. Haueisen -
- Jellinek, Walter Österreichisches Verwaltungsrecht,
Tübingen 1925
- zit. Herrnritt, Verwaltungsrecht -
- Grundlehren des Verwaltungsrechts,
Tübingen 1921
- zit. Herrnritt, Grundlehren -
- Der fehlerhafte Staatsakt und seine
Wirkungen, Berlin 1908
- zit. Jellinek, Staatsakt -
- Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmä-
ßigkeitserwägung, Tübingen 1913
- zit. Jellinek, Gesetz -
- Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1931
unveränderter Neudruck Offenburg 1948
- zit. Jellinek, VerwR. -

- Kaufmann, Erich** Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, Frankfurt am Main 1951
- zit. Kaufmann -
- Kautz, Georg** Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen, Kommentar, 8. Auflage, herausgegeben von Alfred Riewald, Berlin 1953
- zit. Kautz-Riewald -
- Klinger, Hans** Der Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer beantragten Amtshandlung, in NJW 1957, S. 654 bis 657
- zit. Klinger, Ablehnung -
Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Auflage, Göttingen 1955
- zit. Klinger, VGVO -
Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen 1960
- zit. Klinger, VwGO -
- Kormann, Karl** System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, zuletzt 1924
- zit. Kormann -
- Laband, Paul** Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Tübingen 1911 bis 1914
- zit. Laband -
- von Mangoldt, Hermann, u. Klein, Friedrich** Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Bd. I, Berlin und Frankfurt 1957
- zit. Mangoldt-Klein -
- Mayer, Otto** Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, 3. Auflage, München und Berlin 1924
- zit. Otto Mayer -
- Maunz, Theodor und Dürig, Günther** Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1958
- zit. Maunz-Dürig -
- Meyer, Georg, und Dochow, Franz** Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Erster Teil, 4. Auflage, 1913
- zit. Meyer-Dochow -
- Menger, Christian Friedrich** System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
- zit. Menger -
- Müller-Heidelberg, Klaus, und Clauss, H. W.** Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951, 2. Auflage, Hannover 1956
- zit. Müller-Heidelberg -
- Nebinger, Robert** Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949
- zit. Nebinger -
- Neumann, Siegfried** Die Anfechtung formeller Verwaltungsakte, insbesondere der Festsetzung von Zwangsmitteln, in DVBl. 1957 S. 304 bis 306
- zit. Neumann -

- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956
- zit. Obermayer -
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- zit. Peters -
- Pioch, Hans Hugo Das Polizeirecht einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Auflage, Tübingen 1952
- zit. Pioch -
- Redecker, Konrad, und : Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, von Oertzen, Hans Joachim 1960
- zit. Redecker-von Oertzen -
- Rietdorf, Fritz Die Grundsätze des neuen nordrhein-westfälischen Ordnungsbehördengesetzes - Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts - in DÖV 1957, S. 7 bis 16
- zit. Rietdorf, Grundsätze -
Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz - für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart, München, Hannover 1957
- zit. Rietdorf OBG -
- Röhl, Hellmut Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art.19 Abs.1 S.2 des Grundgesetzes, in Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Bd., Tübingen 1956, S. 195 bis 214
- zit. Röhl -
- von Rosen-von Hoewel, Harry Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz, Berlin und Frankfurt 1953
- zit. von Rosen-von Hoewel -
- Rotberg, Hans Eberhard Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt / M. 1958
- zit. Rotberg -
- Scholtissek, W. Zur Anfechtbarkeit der Zwangsmittelfestsetzung, in Staats- und Kommunalverwaltung 1958, S. 133 f.
- zit. Scholtissek -
- Simon, Jürgen Behördliche Bescheinigungen als Verwaltungsakte, in DVBl. 1956, S. 355 bis 358
- zit. Simon -
- Thoma, Richard Der Polizeibefehl im badischen Recht, Tübingen 1906
- zit. Thoma -
- von Turegg, Kurt Egon Gefährliche und gefährdete Generalklausel, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 22, Berlin und Köln 1956
- zit. von Turegg, Generalklausel -

- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Berlin 1956
- zit. von Turegg, VerwR. -
- Ule, Carl Hermann
Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel, in Recht Staat Wirtschaft, Bd. 3, Düsseldorf 1951, S. 260 bis 298
- zit. Ule, Verwaltungsakt -
Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. 1, 2. Halbband von Max von Brauchitsch Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, 2. Auflage, Köln, Berlin, München und Bonn 1962
- zit. Ule, Gerichtsbarkeit -
Verwaltungsprozeßrecht, 2. Auflage, München und Berlin 1961
- zit. Ule, VerwProzR. -
- Vogel, Werner
Verwaltungszwang zur Durchsetzung von Verwaltungsakten und Verwaltungszustellung, Kommentar, Siegburg 1958
- zit. Vogel -
- Wolff, Hans J.
Die Rechtsgrundlagen der sogenannten Ordnungsverwaltung im nordwestdeutschen Geltungsgebiet des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, in MDR 1950, S. 5 bis 7
- zit. Wolff, Ordnungsverwaltung -
Verwaltungsrecht I, 4. Auflage, München und Berlin 1961
- zit. Wolff, VerwR. -
- Zschache, Rudolf.
Die gesetzlichen Grundlagen des Verwaltungszwanges und die Rechtsmittel gegen Zwangsakte der Verwaltungsbehörden, in MDR 1953, S. 12 bis 14
- zit. Zschache -

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Entscheidungssammlung des davor genannten Gerichts
bay VerfGH	Verfassungsgerichtshof für Bayern
Bd.	Band
Berl VGG	(Berliner) Gesetz über die Verwaltungsge- richtsbarkeit vom 8. 1. 1951
BerlVwVerfG	Gesetz über das Verfahren der Berliner Ver- waltung vom 2. 10. 1958 (GV. Bl. S. 951)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGBl. S. 195) mit vielen Änderungen
BGBI. I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof, Entscheidung
BGHSt	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundes- gerichtshofs in Strafsachen, Entscheidung
BGHZ	wie zuvor, jedoch in Zivilsachen
betr.	betreffend, betrifft
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, Entscheidung
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951 (BGBI. I S. 243) mit An- derungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidung
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952 (BGBI. I S. 157)
BVwVG	(Bundes-) Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27. 4. 1953 (BGBI. I S. 157)
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift seit 1947)
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung, Sammlung von Ent- scheidungsauszügen und Aufsatzhinweisen für die juristische Praxis, herausgegeben von Günter Feuerhake
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Fortsetzung der Zeitschrift Reichsverwaltungsblatt)

E	Amtliche Entscheidungssammlung des davor genannten Gerichtes
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 (RGBl. S. 77) mit Änderungen
Erl.	Erläuterung
f.	und die folgende Seite
ff.	und die folgenden Seiten
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1) mit Änderungen
GS. NW.	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen 1945 bis 1956
GV. Bl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GV. NW.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
Hess VGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen in Kassel
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
in Vb. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
LVG	Landesverwaltungsgericht, Entscheidung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift seit 1947)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift seit 1947)
Nr.	Nummer
nds SOG	(niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1951 (niedersächsisches GV. Bl. S. 79)
NW	Nordrhein-Westfalen
nwAO	Amtsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 10. 3. 1953 (GS. NW. S. 207) mit Änderungen
nwGO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. 10. 1952 i. d. F. der Bekanntmachung der Landesregierung vom 28. 10. 1952 (GS. NW. S. 167) mit Änderungen
nwLKrO	Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. 7. 1953 (GS. NW. S. 208) mit Änderungen
nwOBG	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz - vom 16. 10. 1956 (GS. NW. S. 155) mit Änderungen

nwPOG	Gesetz über Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen vom 11. 8. 1953 (GS. NW. S. 148)
nwPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz in der für den Aufgabenbereich der Polizei geltenden Neufassung (für Nordrhein-Westfalen) vom 27. 11. 1953 (GS. NW. S. 163)
nwVwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Nordrhein-Westfalen vom 23. 7. 1957 (GV. NW. S. 216)
OIG	Oberlandesgericht, Entscheidung
OVG	Oberverwaltungsgericht, Entscheidung
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. 3. 1952 (BGBI. I S. 177) i. d. F. des Gesetzes vom 26. 7. 1957 (BGBI. I S. 861)
pr.	preußisch
pr. GS.	Preußische Gesetzssammlung (1907 bis 1945; bis 1906 Gesetzssammlung für die preußischen Staaten)
prLVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883 (pr. GS. S. 195) mit Änderungen
proVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht in Berlin, Entscheidung
prPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 (pr. GS. S. 77) mit Änderungen i. d. F. bis 1945
Rd. Nr.	Randnummer
RGBI. I	Reichsgesetzblatt (1871 bis 1945, Teil I seit 1. 4. 1922)
RGZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Entscheidung
rhpf VGG	(rheinland-pfälzisches) Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 17. 4. 1950 (GV. Bl. S. 103)
S.	Satz; Seite
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. 5. 1871 (RGBI. S. 127) i. d. F. vom 25. 8. 1953 (BGBI. I S. 1083) mit Änderungen
StPO	Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877 (RGBI. S. 253) i. d. F. der Bekanntmachung vom 12. 9. 1950 (BGBI. S. 629)
u. a.	unter anderem; und andere
usw.	und so weiter
v.	vom, von
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von Ziegler (seit 1949)

VG	Verwaltungsgericht, Entscheidung
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bayern vom 25. 9. 1946, Bremen vom 5. 8. 1947, Hessen vom 31. 10. 1946 i. d. F. vom 30. 6. 1949
VGH	Verwaltungsgerichtshof, Entscheidung
vgl.	vergleiche
VGVO	Verordnung Nr. 165 der Militärregierung - Britisches Kontrollgebiet - über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (Amtsblatt der Militärregierung 1948 S. 799)
VOBl.	Verordnungsblatt
VwGO	(Bundes-) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17)
WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiStG 1949	Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts - Wirtschaftsstrafgesetz - vom 26. 7. 1949 (WiGBl. S. 193), durch spätere Gesetze verlängert bis 31. 3. 1952
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 (RGBl. S. 83) i. d. F. vom 12. 9. 1950 (BGBl. I S. 533) mit Änderungen

Die Zeitschriften sind nach Jahr und Seite, die Entscheidungssammlungen nach Band und Seite zitiert.

A. Gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes gegenüber dem Vollzug
=====

von ordnungsbehördlichen Verwaltungsakten
=====

Für den Vollzug von Verwaltungsakten sieht das nordrhein-westfälische Gesetz über den Aufbau und die Befugnisse der Ordnungsbehörden¹⁾ - nwOBG - nach althergebrachter Übung den Verwaltungszwang vor. § 25 nwOBG bestimmte ursprünglich für Zwangsmittel der Ordnungsbehörden:

Auf den Vollzug von Verwaltungsakten der Ordnungsbehörden, die auf die Herausgabe einer Sache oder auf Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet sind, finden die §§ 6 bis 19 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes vom 27. April 1953 (BGBl. I S. 157) entsprechende Anwendung. Die Höhe des Zwangsgeldes darf bei jeder Androhung 500 DM nicht überschreiten.

Satz 1 dieser Vorschrift wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1958 durch § 76 Ziffer 4 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für Nordrhein-Westfalen²⁾ - nwVwVG - aufgehoben. § 72 Abs. 1 dieses Gesetzes bestimmt:

Soweit die Vollstreckung in Landesgesetzen abweichend von diesem Gesetz geregelt ist, sind die Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden; ...

Das nwVwVG und das früher anwendbare Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes - BVwVG - stimmen in ihren die Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen regelnden Abschnitten bis auf § 56 Abs. 2 nwVwVG, entsprechend § 7 Abs. 2 BVwVG, und § 61 Abs. 2 nwVwVG, entsprechend § 12 Abs. 2 BVwVG, wörtlich überein. Wille des Landesgesetzgebers war es, das Verwaltungsverfahren durch eine Angleichung an die bundesrechtlichen Vorschriften zu vereinheitlichen. Es bedurfte eines neuen Landesgesetzes, um den Landesbehörden eine zusammenhängende und in sich verständliche Regelung des ganzen Verfahrens an die Hand zu geben.³⁾

§ 67 nwVwVG schreibt für die Rechtsmittel gegen Zwangsmaßnahmen vor:

1) "Ordnungsbehördengesetz" vom 16. 10. 1956 (GS. NW. S. 155).

2) Vom 23. 7. 1957 (GV. NW. S. 216).

3) Vgl. Vogel, Einleitung S. 70 f.

(1) Gegen die Androhung eines Zwangsmittels sind die Rechtsmittel gegeben, die gegen den Verwaltungsakt zulässig sind, dessen Durchsetzung erzwungen werden soll. Ist die Androhung mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbunden, so erstreckt sich das Rechtsmittel zugleich auf den Verwaltungsakt, soweit er nicht bereits Gegenstand eines Rechtsmittel- oder gerichtlichen Verfahrens ist. Ist die Androhung nicht mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbunden, so kann die Androhung nur insoweit angefochten werden, als eine Rechtsverletzung durch die Androhung selbst behauptet wird.

(2) Wird ein Zwangsmittel ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet (§ 55 Abs. 2), so sind hiergegen die Rechtsmittel zulässig, die gegen Verwaltungsakte allgemein gegeben sind.

Es fällt auf, daß diese Vorschrift nur von Rechtsmitteln gegen die Androhung und gegen die sofortige Anwendung von Verwaltungszwang spricht. Damit erhebt sich die Frage, ob nicht auch gegen Festsetzung und Anwendung von Zwangsmitteln Rechtsschutz¹⁾ gegeben ist. Möglicherweise ergibt sich aus der Rechtsschutz-General Klausel der (Bundes-) Verwaltungsgerichtsordnung²⁾ - VwGO - die Anfechtbarkeit von Festsetzung und Anwendung. § 42 Abs. 1 VwGO bestimmt nämlich:

Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (Anfechtungsklage) ... begehrt werden.

Die vorliegende Abhandlung stellt sich zur Aufgabe zu untersuchen, ob dem Betroffenen nach dem geltenden Recht auch in diesen Fällen Rechtsschutz gewährt wird.

B. Ordnungsbehördliche Zwangsbefugnisse zur Erzwingung von ===== Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen =====

I. Ordnungsbehörden in Nordrhein-Westfalen

Polizei im materiellen Sinne ist Verwaltung, deren Tätigkeit auf die Abwehr von den der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohenden Gefahren gerichtet ist. Die Aufgabe der Gefahrenabwehr obliegt nach § 1 Abs. 1 nWOBG auch den Ordnungsbehörden, die daher

1) Rechtsschutz ist in der vorliegenden Abhandlung in dem gebräuchlichen Sinn als die Gesamtheit der rechtlich verliehenen förmlichen Möglichkeiten verstanden, durch die sich der Betroffene gegen ein Verhalten der Verwaltung zur Wehr setzt, vgl. Forsthoff, S. 462.

2) Vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17).

materiell polizeiliche Tätigkeit ausüben. Von jeher gab es innerhalb des hiermit umrissenen materiell polizeilichen Aufgabenbereiches verschiedene Gebiete polizeilicher Tätigkeit. Die befaßten Polizeizweige benannte man entsprechend der ihnen zugewiesenen besonderen Materie¹⁾ und unterschied dabei zwei große Gruppen: die Verwaltungspolizei, die alle jene Arbeitsgebiete umfaßte, die besondere technische oder sachliche Spezialkenntnisse erfordern, und die übrige Polizei, zu welcher insbesondere die Exekutiv- und die Kriminalpolizei gehören.²⁾ Innerhalb der mit materiell polizeilichen Aufgaben betrauten Behörden wurde im Zuge der Neuorganisation nach 1945 vor allem in den Ländern der britischen und amerikanischen Besatzungszone die frühere Verwaltungspolizei ihres formell polizeilichen Charakters entkleidet.³⁾ Als formelle (institutionelle) Polizei blieb lediglich die übrige Polizei bestehen. Für sie hat in Nordrhein-Westfalen - ähnlich wie in anderen Bundesländern - das Gesetz über die Organisation und die Zuständigkeit der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen⁴⁾ - nwPOG - die Organisations- und Zuständigkeitsfragen neu geregelt. Dieses Gesetz hat zugleich das preußische Polizeiverwaltungsgesetz⁵⁾ - prPVG - unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich gebotenen Neuerungen in seinen materiell- und verfahrensrechtlichen Teilen ausdrücklich abgeändert, § 26 nwPOG, und den Innenminister ermächtigt, die Neufassung des prPVG - nwPVG⁶⁾ - bekannt zu machen, § 28 nwPOG.

Organisation sowie materielles und verfahrensmäßiges Recht der ehemaligen Verwaltungspolizei wurden in Nordrhein-Westfalen durch das Ordnungsbehördengesetz neu geregelt. § 58 dieses Gesetzes hat das für die Ordnungsbehörden zuvor geltende prPVG insoweit aufge-

1) Z.B.: Verkehrs-, Bau-, Gesundheits-, Gewerbe-, Wasser-, Wege-, Jagd-, Fischereipolizei usw.

2) Vgl. Drews-Wacke, PolR., S. 66, 520 - 528.

3) Vgl. Wolff, Ordnungsverwaltung, S. 5.

4) "Polizeiorganisationsgesetz" vom 11. 8. 1953 (GS. NW. S. 148).

5) Vom 1. 6. 1931 (pr.GS. S. 77).

6) Bekanntmachung der für den Aufgabenbereich der Polizei in Nordrhein-Westfalen geltenden Neufassung des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 27. 11. 1953 (GS. NW. S. 163).

hoben. Das nwOBG weicht in mancherlei Hinsicht von seinem Vorbild, dem prPVG, ab. Die wesentlichen rechtsstaatlichen Errungenschaften sind zwar übernommen, dabei aber in einer Reihe nicht unwesentlicher Einzelheiten fortgeführt.

Die Abgrenzung des Tätigkeitsbereiches der Ordnungsbehörden gegenüber anderen Behörden ergibt sich aus §§ 1 f. nwOBG. Hiernach erfüllen die Ordnungsbehörden die Aufgaben der Gefahrenabwehr in erster Linie nach den für das besondere Sachgebiet ergangenen Gesetzen und Verordnungen, § 1 Abs. 2 S. 1 nwOBG. Sind bestimmte Aufgaben der Gefahrenabwehr ausdrücklich anderen Behörden zugewiesen, dann sind die Ordnungsbehörden nicht zuständig.

Ein großer Teil solcher Aufgaben ist den Polizeibehörden übertragen. Sie werden tätig auf den Gebieten des Versammlungs-, Vereins und Pressewesens, auf den Gebieten des Sprengstoff-, Waffen- und Munitionswesens; ihre Aufgabe ist die Verhütung und Verfolgung der mit Strafe und Geldbuße bedrohten Handlungen sowie die Überwachung des Straßen- und Wasserstraßenverkehrs, §§ 12 f. nwPOG.

Nur subsidiär, nämlich soweit spezielle Gesetze und Verordnungen nicht vorliegen, bieten die Vorschriften des nwOBG eine Ermächtigung für zur Gefahrenabwehr notwendige Maßnahmen der Ordnungsbehörde, § 1 Abs. 2 S. 2 nwOBG.

Die Polizei greift in den sachlichen Zuständigkeitsbereich der Ordnungsbehörden dann ein, wenn es sich um notwendige unaufschiebbare Maßnahmen handelt, § 2 S. 1 nwOBG. Unaufschiebbar notwendig ist ein Eingreifen, wenn sonst ein Tätigwerden der Ordnungsbehörde zu spät kommen würde. Die Polizei hat daher nach § 15 Abs. 1 nwPOG die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie zur Abwehr unmittelbar bevorstehender Gefahren zu treffen.

Schließlich wird die Polizei auch im Wege der Vollzugshilfe auf Gebieten tätig, die zur sachlichen Zuständigkeit der Ordnungs-

behörden gehören, § 2 S. 3 nwOBG, wenn diese nicht über eigene Vollzugsorgane verfügen oder ihre Maßnahmen nicht selbst durchsetzen können, § 17 Abs. 1 S. 1 nwPOG.¹⁾

Sowohl den Ordnungs- als auch den Polizeibehörden können in Gesetzen und Verordnungen ausnahmsweise Aufgaben übertragen werden, die nicht der Gefahrenabwehr dienen, § 1 Abs. 3 nwOBG, § 14 Abs. 2 nwPVG.

Die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden nehmen die amtsfreien Gemeinden und die Ämter, die Aufgaben der Kreisordnungsbehörden nehmen die kreisfreien Städte und die Landkreise wahr, § 3 nwOBG. Aufsichtsbehörden sind der Oberkreisdirektor als untere staatliche Verwaltungsbehörde über die örtlichen Ordnungsbehörden, der Regierungspräsident über die Kreisordnungsbehörden; oberste Aufsichtsbehörde ist der jeweils zuständige Minister, § 7 nwOBG.

II. Begriff der Zwangsmittel

a) Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage

Nicht alle Verwaltungsakte sind mit Zwangsmitteln durchsetzbar. Sie bedürfen der zwangsweisen Durchsetzung nur dann, wenn sie eine Handlung, Duldung oder Unterlassung auferlegen, § 55 Abs. 1 nwVwVG. Die im Wortlaut dieser Bestimmung hervorgehobene "Herausgabe einer Sache" ist begrifflich ein Unterfall der "Vornahme einer Handlung."²⁾ Zwangsweise Durchsetzung ist nur bei solchen Verwaltungsakten möglich und erforderlich, die ein Gebot oder Verbot eines bestimmten Verhaltens, also einen Befehl enthalten. Nur einem Befehl kann sich der Pflichtige widersetzen. Ein Zwangsmittel ist immer Beugemittel. Der stärkere Wille der Behörde soll den widerstrebenden Willen des Pflichtigen

1) Die Vollzugshilfe ist nur eine Unterart der Amtshilfe, von der auch § 64 Abs. 2 S. 2 nwVwVG spricht, vgl. auch unten S. 43 Fußnote 3.

2) Vgl. Vogel, Anm. 2 zu § 55 nwVwVG.

brechen.¹⁾ Rechtsgestaltende oder feststellende Verwaltungsakte, die keinen Befehl aussprechen,²⁾ tragen schon die Erfüllung des hoheitlichen Willens mit ihrem Erlaß in sich und sind daher weder vollzugsfähig noch vollzugsbedürftig.³⁾ Hierzu rechnen auch Verwaltungsakte, die die Versagung, Einschränkung oder Zurücknahme einer rechtlich vorgesehenen Erlaubnis oder Bescheinigung aussprechen. Handelt der Betroffene dennoch im Sinne der nicht vorhandenen Erlaubnis, so verstößt er gegen ein allgemeines Verbot. Es bedarf einer weiteren Ordnungsverfügung, durch die der Betroffene konkret zum Unterlassen verpflichtet wird.

Die Ordnungsbehörden sind Träger von vollziehender Gewalt. Sie sind daher gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und unterliegen dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere dem der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, soweit sie Maßnahmen treffen, die den einzelnen nicht lediglich begünstigen, sondern belasten. Somit bedürfen auch Zwangsmaßnahmen einer materiellgesetzlichen Ermächtigung, die die Voraussetzungen für den eingreifenden Akt tatbestandsmäßig normiert.⁴⁾

Ob die Ausübung von Zwangsgewalt überhaupt einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, oder ob sie allgemein schon auf Grund der Befehls- und Verfügungsgewalt des Staates oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als gesetzmäßig anzusehen ist, ist umstritten. Forsthoff vertritt die erste Auffassung. Es ist "an dem Grundsatz ausnahmslos festzuhalten, daß die Verwaltung nur diejenigen Zwangsmittel anwenden darf, die ihr für den konkreten Fall gesetzlich zuerkannt sind." ⁵⁾

1) A.A. Vogel, Anm. 1 zu § 61 nwVwVG. Seine Meinung, ein entgegengesetzter, zubezwingender Wille des Pflichtigen sei nicht vorausgesetzt, dürfte nicht zutreffen. Ist der Pflichtige mit den Maßnahmen der Behörde einverstanden, handelt es sich nicht mehr um Zwang, sondern um rein tatsächliche Maßnahmen, z.B. Erschießen eines tollwütigen Hundes im Einverständnis mit seinem Eigentümer.

2) Z.B. Genehmigung einer Gemeindeversammlung durch den Oberkreisdirektor, § 80 nwGO, Erlaubniserteilungen oder Ablehnungen, Widerrufe, Gewichtseichungen.

3) Vgl. Jellinek, VerwR., S. 334; Hauelsen, S. 1457; Vogel, Anm. 2 zu § 55 nwVwVG.

4) Vgl. Wolff, VerwR., S. 135.

5) Forsthoff, S. 266.

Haueisen¹⁾ formuliert²⁾ demgegenüber: "Die Vollstreckungsgewalt der Behörde reicht so weit wie ihre Verfügungsgewalt."³⁾ Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit verdient die Auffassung von Forsthoff den Vorzug. Die Ausübung von Zwang ist geeignet, sehr einschneidend in die Rechte des einzelnen einzugreifen. Die allgemeine gesetzliche Ermächtigung für das Tätigwerden der Ordnungsbehörden ist in § 1 nWOBG enthalten:

Die Ordnungsbehörden haben die Aufgabe, Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird (Gefahrenabwehr).

Wollte man hierin zugleich die Ermächtigung für Zwangsmaßnahmen erblicken, könnten die Ordnungsbehörden - wenn auch im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens - jede ihnen geeignet erscheinende Maßnahme zur Durchsetzung ihrer Verfügungen ergreifen. Welche Mittel sie anwenden würde, wäre nach dieser allgemein gehaltenen Vorschrift weitgehend der Phantasie des einzelnen Beamten überlassen. Da die Ordnungsverfügung zur Abwehr einer bestimmten Gefahr erlassen ist, dienen nämlich auch alle Mittel, diese Ordnungsverfügung zwangsweise durchzusetzen, der Abwehr eben dieser Gefahr. Ein so weitgehender Spielraum in der Wahl der Mittel widerspricht aber dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht erfordert die Bereitstellung bestimmt umschriebener Formen zur zwangsweisen Durchsetzung der Ordnungsverfügungen durch das Gesetz. Der Betroffene soll nicht in beliebiger Weise, sondern nur mit den gesetzlich besonders vorgesehenen Mitteln zum Gehorsam gegenüber den Ordnungsverfügungen angehalten werden.

Der Bundes- und der Landesgesetzgeber waren ebenfalls der Ansicht, daß Zwangsmaßnahmen einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen. Sie haben nämlich für Zwangsmaßnahmen eine Reihe bestimmt beschriebener Tatbestände in die Vollstreckungsgesetze aufgenommen.

1) S. 1457.

2) Im Anschluß an Anschütz, Verwaltungszwang, S. 398, 446 f.

3) So auch Kaufmann, S. 218, wonach § 14 prPVG, der im wesentlichen § 1 nWOBG entspricht, den Aufgabenkreis der Polizei absteckt und gleiche Bedeutung für die Befehls- und die Zwangsgewalt hat. Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Haueisen, S. 1457 f.

Die Vorschriften der §§ 55 bis 67 nwVwVG verleihen den Maßnahmen, die in Nordrhein-Westfalen dem zwangsweisen Vollzug von Ordnungsverfügungen dienen, die besonderen gesetzlichen Formen. Damit ist hinsichtlich der Zwangsmahnahmen dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in speziellen gesetzlichen Ermächtigungen genüge getan.

Das nwVwVG schreibt mehrere genau normierte Tatbestände vor: die Ersatzvornahme, § 59, das Zwangsgeld, § 60, die Ersatzzwangshaft, § 65, und den unmittelbaren Zwang, § 61. Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgt der Grundsatz der Ausschließlichkeit dieser ausdrücklich zugelassenen Zwangsmittel.¹⁾ Die Ausübung von Zwang in anderer Weise entbehrt der gesetzlichen Ermächtigung und ist daher unzulässig.

Nicht allein die gesetzmäßig beschriebenen einzelnen Zwangsmittel schränken das behördlich Ermessen ein. Dem Gebot der Gesetzmäßigkeit zufolge sind weiterhin Voraussetzungen für die einzelnen Stadien der Zwangsausübung Androhung, Festsetzung und Anwendung festgelegt, und das Verfahren ist förmlich ausgestaltet.

Die Erzwingung von Ordnungsverfügungen durch die Ordnungsbehörden stellt einen Eingriff dar in die rechtlich geschützte Freiheits- und Vermögenssphäre der betroffenen natürlichen oder juristischen Person. Zu dieser Sphäre gehören vor allem die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, auf die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, und die Gewährleistung des Eigentums, Art. 14 GG. Die Beschränkung dieser Grundrechte ist nur durch Gesetz möglich. Nach Art. 19 Abs. 1 GG muß dieses Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. § 65 Abs. 1 S. 2 nwVwVG schränkt lediglich das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG für die Anordnung der Ersatzzwangshaft ein, das nwVwVG nennt im übrigen keine Einschränkung. Dennoch bestehen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der grundrechtseinschränkenden Bestimmungen des nwVwVG, soweit die Ordnungsbehörden Zwang ausüben. § 25 S. 1 nwOBG erklärte zunächst

1) Vgl. Vogel, Anm. 4 zu § 55 nwVwVG.

die §§ 6 bis 19 BVwVG für entsprechend anwendbar. Nach § 72 Abs. 1 nwVwVG traten an die Stelle der abweichenden Bestimmungen des BVwVG diejenigen des nwVwVG, die nunmehr allein anzuwenden sind.¹⁾ Damit sind die Vorschriften des nwVwVG unmittelbar für die Zwang ausübenden Ordnungsbehörden verbindlich. Die Ordnungsbehörden erfüllen auch beim Gebrauch der Zwangsmittel die in § 1 nwOBG allgemein umrissenen Aufgaben. Für diese Aufgaben schränkt § 48 nwOBG im Rahmen des Art. 19 Abs. 2 GG die Grundrechte der Art. 2 Abs. 2, Art. 13 und 14 GG ausdrücklich ein. Einer nochmaligen Grundrechtseinschränkung durch das nwVwVG für Zwangsmaßnahmen der Ordnungsbehörden bedarf es daher nicht. Damit ist dem Erfordernis des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, wonach das grundrechtseinschränkende Gesetz selbst die eingeschränkten Artikel nennen muß, genüge getan.²⁾³⁾

Noch aus einem weiteren Grund bestehen gegen die Wirksamkeit der Vorschriften des nwVwVG keine Bedenken. Es ist allgemein anerkannt, daß sich Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG nur auf nach dem Inkrafttreten des GG am 23. 5. 1949 ergangene Gesetze bezieht. Früher erlassene Gesetze, die in Grundrechte im Sinne des GG eingreifen, konnten die betroffenen Grundrechtsartikel noch nicht nennen. Der Gesetzgeber hat aber mit Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gewiß nicht alle vorkonstitutionellen Gesetze, die zu Grundrechtseingriffen ermächtigten, für nichtig erklären wollen.⁴⁾ Auch nachkonstitutionelle Gesetze unterliegen nur dann dem Erfordernis des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, die eingeschränkten Grundrechte zu nennen, wenn sie Materien abweichend von dem bisherigen Recht regeln.⁵⁾ Von Mangoldt-Klein⁶⁾ geht noch weiter und hält Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG

1) Vgl. oben S. 1.

2) Vgl. auch Vogel, Anm. 6 zu § 61; Rietdorf OBG, Anm. 1 zu § 48 nwOBG.

3) Entsprechendes bestimmt § 14 Abs. 3 nwPVG für den Aufgabenbereich der Polizei, so daß also auch gegen die Zwangsausübung der Polizei nach dem nwVwVG keine Bedenken bestehen.

4) So Röhl, S. 208 f.; BVerfG vom 25. 5. 1956 in NJW 1956 S. 986 und vom 10. 2. 1953 E Bd. 2 S. 121 (122 f.); BGHSt vom 31. 3. 1953 E Bd. 4 S. 161 (166); BGHZ vom 4. 2. 1952 E Bd. 5 S. 46 (54).

5) Vgl. Röhl, S. 209 f.; BVerfG vom 25. 5. 1956 in NJW 1956 S. 986.

6) Anm. IV 3 zu Art. 19.

nicht für eine Muß-, sondern nur für eine Sollvorschrift, so daß seine Nichtbeachtung niemals Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge hat. Es dürfte jedoch nicht angehen, aus Gründen der "Praktibilität" diese Grundgesetzbestimmung entgegen ihrem ausdrücklichen Wortlaut auszulegen. Immerhin ist es gerechtfertigt, diese Vorschrift eng auszulegen und jedenfalls nicht auf nachkonstitutionelle Gesetze anzuwenden, die keine wesentlichen Abweichungen vom früheren Recht enthalten. Das Recht der Ordnungsbehörden, im Wege der Zwangsausübung in Grundrechte einzugreifen, geht auf das Recht der früheren Verwaltungspolizei zu Zwangseingriffen nach dem prPVG zurück. Die für die Ordnungsbehörden maßgebenden Vorschriften entsprechen im wesentlichen den §§ 55 bis 57 prPVG. Es hätte daher insoweit keiner Nennung der eingeschränkten Grundrechte bedurft.¹⁾

Eine Zwangsmaßnahme ist keine Ordnungsverfügung. Zwangsmittel und zugrunde liegende Ordnungsverfügung dienen zwar beide demselben Zweck: der Gefahrenabwehr. Sie erreichen ihr Ziel jedoch auf verschiedenen Wegen. In der Ordnungsverfügung schreibt die Ordnungsbehörde vor, daß der Pflichtige zu einem bestimmten Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet ist, § 20 Abs. 1 S. 1 erster Halbsatz, § 41 Buchst. a nWOBG. Sie wendet sich also meist an den "guten Willen", an die staatsbürgerliche Einsicht des Pflichtigen, sonst jedenfalls an seine Bereitschaft, sich einem ausdrücklichen behördlichen Befehl zu beugen. Demgegenüber stellt die Vollzugsmaßnahme den Einsatz besonderer Mittel dar, die sich gegen den ungehorsamen Pflichtigen richten und den erstrebten gefahrlosen Zustand durch Drohung und Ausübung von psychischem Druck (Zwangsgeld, Ersatzzwangshaft) oder durch physische Gewalt (Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang) herbeiführen sollen. Die einzelnen Vollzugsmaßnahmen der Zwangsmittel dienen also zwar demselben Zweck wie die Ordnungsverfügungen, sind selbst aber

1) Vgl. auch Dürig, S. 79 ff., wonach alle Freiheitsrechte "von vornherein zugunsten der Polizeigüter öffentliche Ordnung und Sicherheit beschränkt" sind, so daß die Gesetze, die die zur Gefahrenabwehr tatigen Behörden zu Zwangseingriffen ermächtigen, keine Einschränkungen i. S. des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG sind. Vgl. auch Maunz-Dürig zu Art. 2 Abs. 1 GG Rd. Nr. 79 (S. 69 f.).

keine Ordnungsverfügungen.¹⁾ Ihr unmittelbares Ziel ist die Durchsetzung der zugrunde liegenden Ordnungsverfügung durch Sicherung und Verwirklichung der durch die Ordnungsverfügung auferlegten Rechtspflichten.²⁾ Während Ordnungsverfügungen unmittelbar der Gefahrenabwehr dienen, zielen die Zwangsmaßnahmen primär auf die Realisierung der Ordnungsverfügung, sekundär auf die tatsächliche Beseitigung der Gefahr oder Störung.

b) Zwangsmittel im einzelnen

1. Ersatzvornahme

Ersatzvornahme ist die Vornahme einer vertretbaren Handlung, zu der jemand durch eine Verfügung verpflichtet worden ist, durch einen andern, und zwar auf Kosten des Pflichtigen, § 59 nwVwVG. Die dem Widerstrebenden entstehenden Kosten sind hierbei in der Regel höher, als wenn er die Verfügung mit eigenen Mitteln befolgen würde. Dieses Übel soll ihn veranlassen, es nicht erst zur Ersatzvornahme kommen zu lassen, sondern gleich selbst der Verfügung nachzukommen. Die Ordnungsbehörde vergibt den Auftrag an einen Dritten in den Formen des Privatrechts. Der Dritte wird als Werkunternehmer tätig. Er führt die übertragene Arbeit selbständig und in eigener Verantwortung durch.³⁾⁴⁾ Rechtsbeziehungen entstehen durch die Beauftragung nur zwischen Behörde und Beauftragtem, nicht zwischen Pflichtigem und Beauftragtem. Der Beauftragte kann Entgelt für seine Leistungen nur von der Behörde verlangen. Die Behörde treibt den verauslagten Betrag beim Pflichtigen bei.

Die Ersatzvornahme kommt ihrer Natur nach nur bei solchen Handlungen, zu der der Betroffene verpflichtet ist, in Betracht, deren Vornahme durch einen andern möglich ist (vertretbare Hand-

1) A.A. Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 14 BVwVG, der die Festsetzung eines Zwangsmittels für eine Ordnungsverfügung halt.

2) Vgl. Münster OVG vom 9. 10. 1953 in DVBl. 1954 S. 341.

3) Vgl. Münster OVG vom 20. 1. 1953 E Bd. 7 S. 27 (31).

4) Hierdurch unterscheidet sich die Ersatzvornahme vom unmittelbaren Zwang, bei welchem die Behörde unter Umständen unselbständige Hilfskräfte einsetzt.

...g), § 59 nwVwVG. Sie ist daher nur möglich, wenn es sich um eine Handlung, nicht aber wenn es sich um eine Duldung oder eine Unterlassung handelt, zu welcher der Betroffene verpflichtet ist.

2. Zwangsgeld

Gegen den Pflichtigen wird mit dem Zwangsmittel des Zwangsgeldes eine öffentlichrechtliche Geldforderung begründet. Der Wille des Betroffenen soll hierdurch in der Weise beeinflußt werden, daß er der gegen ihn ergangenen Ordnungsverfügung nachkommt, um der Zahlung des Zwangsgeldes zu entgehen. Der die Zahlungspflicht begründende Befehl ist bedingt ergangen. Er ist abhängig von der Nichtbefolgung des durch die Ordnungsverfügung anbefohlenen Verhaltens.

In älteren Gesetzen und in der früheren Lehre und Rechtsprechung wurde das Zwangsgeld Strafbefehl,¹⁾ Geldbuße,²⁾ Geldstrafe,³⁾ Zwangs-, Exekutiv-, Vollstreckungs-, Ungehorsams- oder Beugestrafe genannt.

Um den Wesensunterschied zwischen dem von den Verwaltungsbehörden verhängten Zwangsgeld und der von den Gerichten ausgesprochenen Kriminalstrafe schon in der Bezeichnung zum Ausdruck kommen zu lassen, vermeiden die modernen Gesetze sowie das heutige Schrifttum die nach heutigen differenzierteren Auffassungen unzutreffende Bezeichnung "Strafe" bei der durch Erhebung einer Geldleistung gekennzeichneten Zwangsmaßnahme. Während die Kriminalstrafe geschehenes strafrechtliches Unrecht sühnen will, ist das Zwangsgeld lediglich ein Beugemittel, das den Willen des der Ordnungsverfügung Widerstrebenden brechen und ihn zu einem bestimmten Verhalten in der Zukunft bewegen soll.⁴⁾ Während für die Kriminalstrafe der Satz gilt "ne bis in idem", stellt es das Gesetz in

1) § 48 der Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. 12. 1808, abgedruckt als Beilage zur Instruktion für die Regierungen vom 23. 10. 1817 (pr. GS. S. 282).

2) § 79 der preußischen Kreisordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg usw. vom 13. 12. 1872 (pr. GS. S. 661):

3) So § 132 prLVG.

4) Vgl. Drews-Wacke, PolR., S. 366.

das pflichtgemäße Ermessen der Ordnungsbehörde, ob sie neben einer vom Gericht verhängten Strafe oder neben einer Geldbuße noch Zwangsgeld androhen will, § 62 Abs. 6 nwVwVG. Das Zwangsgeld unterscheidet sich ebenfalls von der Geldbuße, die kein Beugemittel ist, sondern die begangenes Verwaltungsunrecht¹⁾ ahnden will.²⁾

Das Zwangsgeld eignet sich in erster Linie zur Durchsetzung unververtretbaren Verhaltens, das also der Betroffene nur in Person ausführen kann. Hierzu gehören die Handlungen, die ihrer Natur nach nicht auch ersatzweise von einem Dritten vorgenommen werden können (unvertretbare Handlungen), sowie alle Duldungen und Unterlassungen, die niemals ein Dritter für den Pflichtigen vollziehen kann.³⁾ Demgemäß bestimmt § 60 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 nwVwVG das "Beugemittel" Zwangsgeld als Mittel zur Durchsetzung von Handlungen, die nicht durch einen anderen vorgenommen werden können und die nur vom Willen des Pflichtigen abhängen, sowie als Mittel zur Durchsetzung einer Duldung oder Unterlassung.

Darüber hinaus kann das Zwangsgeld auch bei vertretbaren Handlungen, für die in erster Linie die Ersatzvornahme bestimmt ist, verhängt werden, nämlich dann, wenn die Ersatzvornahme untunlich ist, § 60 Abs. 1 S. 2 nwVwVG.

3. Ersatzzwangshaft

Wenn ein verhängtes Zwangsgeld uneinbringlich ist, kann das

- 1) Zuwiderhandlungen im Sinne des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten - OWiG - vom 25. 3. 1952 (BGBl. I S. 177) i.d.F. des Gesetzes vom 26. 7. 1957 (BGBl. I S. 861), vgl. unten S. 25 ff.
- 2) Nach §§ 33, 55 prPVG war Zwangsgeld sowohl Ahndungsmittel für vergangenes Tun, nämlich bei Nichtbefolgung von Polizeiverordnungen, als auch Beugemittel für künftiges polizeipflichtiges Verhalten. Der Unterschied beider Erscheinungsformen des Zwangsgeldes wurde besonders in § 33 Abs. 2 aaO. deutlich. Als Ahndungsmittel bei Nichtbefolgung von Polizeiverordnungen war die Zwangsgeldfestsetzung auch ohne vorherige Androhung, jedoch nur bei Verschulden des Betroffenen zulässig. Als Beugemittel setzte die Zwangsgeldfestsetzung die Androhung voraus, sie erging jedoch ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Betroffenen, § 55 Abs. 2 aaO. Vgl. im einzelnen unten S. 24 f.
- 3) Z.B. beim Impfzwang.

Verwaltungsgericht auf Antrag der Vollzugsbehörde Ersatzzwangshaft anordnen, § 65 nwVwVG.¹⁾

Daraus, daß das Zwangsmittel Ersatzzwangshaft an die Stelle des bereits verhängten Zwangsgeldes treten kann, ergibt sich, daß die Zwangshaft in den gleichen Fällen wie das Zwangsgeld in Betracht kommt. Sie dient der Beugung des der Ordnungsverfügung widerstrebenden Willens des Betroffenen, nicht der Beibringung des Zwangsgeldes. Sie unterscheidet sich dadurch von der kriminellen Haftstrafe, die Unrecht sühnen will, und von der Erzwingungshaft, die nach § 69 OWiG den Betroffenen zur Zahlung der Geldbuße anhalten soll.²⁾

Ersatzzwangshaft ist eine Form der Freiheitsentziehung. In das Recht auf Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden, Art. 2 Abs. 2 GG. Dem Erfordernis des Gesetzesvorbehalts wird durch § 65 nwVwVG genüge getan. Diese Bestimmung nennt auch das eingeschränkte Grundrecht ausdrücklich in Abs. 1 S. 2, so daß auch mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG keine Bedenken bestehen.³⁾

Es handelt sich, wie es Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG für Freiheitsbeschränkungen vorschreibt, beim nwVwVG um ein förmliches Gesetz, nämlich um ein solches, das der Landtag von Nordrhein-Westfalen beschlossen hat. Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt weiter, daß über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden hat. Hiermit ist sowohl der Richter der ordentlichen als auch der Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit gemeint.⁴⁾ Demgemäß wird die Anordnung der Ersatzzwangshaft durch einen Beschluß des Verwaltungsgerichts angeordnet, der auf Antrag der Vollzugsbehörde und nach Anhörung des Pflichtigen ergeht, § 69 Abs. 1 S. 1 nwVwVG. Diese Bestimmung enthält die nähere gesetzliche Regelung der Freiheitsentziehung, die Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG erfordert.

1) Vgl. im einzelnen unten S. 28 ff.

2) Vgl. hierzu auch unten S. 27 f.

3) Vgl. oben S. 8.

4) Vgl. Maunz-Dürig zu Art. 104 GG, Rd. Nr. 30, mit weiteren Nachweisen.

4. Unmittelbarer Zwang

Der unmittelbare Zwang verbleibt der Vollzugsbehörde als "ultima ratio". Er ist nur zulässig, wenn Ersatzvornahme oder Zwangsgeld nicht zum Ziel führen oder untunlich sind, § 61 Abs. 1 nwVwVG. Objekt des unmittelbaren Zwanges ist das Vermögen oder die Person des Pflichtigen oder beide gleichzeitig. Man unterscheidet daher den unmittelbaren Zwang gegen Sachen und den gegen Personen. Unmittelbarer Zwang wird in der Weise ausgeübt, daß die Vollzugsbehörde den Pflichtigen mit physischer Gewalt unmittelbar zu der durch die Ordnungsverfügung verlangten Handlung, Duldung oder Unterlassung zwingt, oder daß sie die Handlung - sofern es sich um eine solche handelt - selbst vornimmt. Sowohl die Anwendung physischen Zwanges als auch die "Selbstvornahme"¹⁾ übt die Vollzugsbehörde entweder durch eigene Dienstkräfte aus oder sie bean-sprucht die Vollzugshilfe der Polizei, § 13 nWOBG, § 17 nwPOG. Zu den eigenen Dienstkräften gehören auch unselbständige Hilfskräfte, die der unmittelbaren Weisungsbefugnis der Vollzugsbehörde unterstehen.²⁾

Mit der Anwendung unmittelbaren Zwanges greift die Vollzugsbehörde möglicherweise in grundgesetzlich geschützte Grundrechte ein. Soweit sich die Ordnungsbehörde als Vollzugsbehörde hierzu ihrer eigenen Dienstkräfte bedient, haben diese nach § 13 Abs. 2 nWOBG die den Polizeibeamten zustehenden Befugnisse mit Ausnahme des Rechts zum Waffengebrauch, soweit nicht eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Die Vollzugsmaßnahmen sind auf Grund der Bestimmung des § 48 nWOBG, die ausdrücklich bestimmte Grundrechte einschränkt, gerechtfertigt.³⁾⁴⁾

1) So nennt Vogel, Anm. 1 zu § 61 nwVwVG, das Verhalten der Vollzugsbehörde, mit dem sie die gebotene Handlung bei Anwendung unmittelbaren Zwanges selbst durchführt. Er versteht unter "Selbstvornahme" allerdings auch die im Einverständnis mit dem Betroffenen durchgeführte Hilfeleistung der Vollzugsbehörde, die kein Zwangsmittel darstellt, vgl. aaO. S. 7 Anm. 2.

2) Vgl. auch oben S. 11 Fußnote 4.

3) Vgl. hierzu im einzelnen oben S. 8 ff.

4) Vgl. Vogel, Anm. 7 zu § 61 nwVwVG.

Aber auch soweit sich die Ordnungsbehörden der Vollzugshilfe der Polizei nach § 64 Abs. 2 S. 2 nwVwVG, § 17 nwPOG bedienen, bestehen gegen die Zulässigkeit der von der Polizei ergriffenen Maßnahmen unmittelbaren Zwanges keine Bedenken. § 14 Abs. 3 nwPVG bestimmt nämlich ähnlich wie § 48 nwOBG, daß zur Erfüllung der polizeilichen Aufgaben im Rahmen des Art. 19 GG die Rechte auf körperliche Unversehrtheit und auf die Freiheit der Person, auf die Unverletzlichkeit der Wohnung und das Eigentum eingeschränkt werden. Damit ist dem Erfordernis des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG genüge getan, wonach das einschränkende Gesetz die eingeschränkten Grundrechte nennen muß.¹⁾

III. Vollzug der Zwangsmittel

Der Vollzug der Zwangsmittel berücksichtigt ihren Charakter als Beugemittel. Abgesehen vom Fall der "sofortigen Anwendung" ohne vorausgehenden Verwaltungsakt, § 55 Abs. 2 nwVwVG,²⁾ wird der Zwang nicht sogleich ausgeübt. Der Anwendung des Zwanges gehen einleitende Maßnahmen voraus, die dem Pflichtigen erst den Zwang vor Augen stellen, um ihm Gelegenheit zu geben, sich dem in der Verfügung zum Ausdruck gekommenen Willen der Ordnungsbehörde zu beugen. Es werden daher drei Stadien in der Ausführung eines Zwangsmittels unterschieden: die Androhung, die Festsetzung und die Anwendung von Zwang, die man unter dem Begriff Vollzugsmaßnahmen zusammenfassen kann.³⁾ Sie gestalten das Vollzugsverfahren

1) Vgl. auch die Ausführungen oben S. 8 ff. und S. 9 Fußnote 3.

2) Zur Problematik, ob "sofortige Anwendung" überhaupt ein Zwangsmittel, also ein Mittel zur Durchsetzung eines Verwaltungsaktes ist, vgl. weiter unten S. 20 ff.

3) Der Begriff "Vollstreckung" wird vom nwVwVG nur bei Beitreibung von Geldforderungen (vgl. "Vollstreckungsbehörde" in § 2 nwVwVG) gebraucht. Er wird in anderen Gesetzen sowie in der Rechtsprechung und Lehre in der Regel gleichbedeutend mit dem Begriff "Vollzug" verwandt. Das nwVwVG behält die Bezeichnung "Vollzug" der Durchsetzung von Verwaltungsakten vor, § 56 Abs. 1 aaO. Vereinzelt wird unter "Vollzug" nur die Anwendung des Zwanges verstanden, z. B. in § 64 Abs. 3 nwVwVG. Im Interesse einer klaren Terminologie soll hier unter "Vollzug" die Durchsetzung von Verwaltungsakten, unter "Vollstreckung" die Beitreibung von Geldforderungen verstanden werden.

zur Erfüllung rechtsstaatlicher Erfordernisse im einzelnen aus.^{1) 2)}

a) Androhung

Die Androhung leitet das Zwangsverfahren ein. Sie stellt dem Pflichtigen ein konkretes Zwangsmittel in Aussicht, kündigt es an für den Fall, daß er der gebotenen Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung nicht innerhalb einer bestimmten Frist nachkommt, oder daß er das Gebot, etwas zu dulden oder zu unterlassen, nicht befolgt.³⁾ Die Androhung begründet schon gewisse rechtliche Positionen, ohne aber doch für sich allein die der zwangsweisen Durchsetzung von Verwaltungsakten eigenen Rechte und Pflichten zu erzeugen. Ihr Vorhandensein ist nach § 62 Abs. 1 S. 1 nwVwVG außer im Falle sofortiger Anwendung Voraussetzung für die Zulässigkeit der zeitlich nachfolgenden Akte der Festsetzung und Anwendung. § 62 nwVwVG stellt eine Reihe von Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Androhung auf. Die Androhung darf sich nur auf ein bestimmtes Zwangsmittel beziehen.⁴⁾ Sie muß eine Frist enthalten, innerhalb derer der Vollzug dem Pflichtigen billigerweise zugemutet werden kann. Außer im Falle sofortiger Anwendung, § 55 Abs. 2 nwVwVG, muß sie schriftlich ergehen⁵⁾ und zugestellt werden. Die Androhung ist mit "bemerkenswerter Gründlichkeit" als das "Kernstück des Zwangsverfahrens" ausgestaltet.⁶⁾

Man unterscheidet die unselbständige Androhung, die mit der zugrunde liegenden Ordnungsverfügung verbunden ist, und die selbständige, die nachträglich ergeht.

1) Vgl oben S. 8.

2) Vgl. Münster OVG vom 20. 1. 1953 E Bd. 7 S. 27 (33).

3) Vgl. Zschacke, S. 13.

4) Vgl. Vogel, Anm. 15 zu § 63 nwVwVG.

5) Vgl. Vogel, Anm. 3 zu § 62 nwVwVG.

6) So Vogel, Anm. 1 zu § 62 nwVwVG.

b) Festsetzung

Die Festsetzung eines Zwangsmittels ist der kundgegebene Entschluß der Vollzugsbehörde, Zwang anzuwenden. Inwieweit ihr besondere Rechtswirkungen zukommen, ist weiter unten im Zusammenhang mit der Frage zu untersuchen, ob die Festsetzung ein Verwaltungsakt ist.¹⁾

Das Gesetz schreibt für die Festsetzung keine besondere Form vor und trifft auch sonst keine Bestimmungen. Es sagt lediglich, daß die Anordnung der Ersatzzwangshaft durch Beschluß des Verwaltungsgerichts geschieht, § 65 Abs. 1 nwVwVG.²⁾

c) Anwendung

"Das Zwangsmittel wird der Festsetzung gemäß angewendet", § 64 Abs. 1 nwVwVG.

Die Anwendung besteht bei der Ersatzvornahme in der tatsächlichen Vornahme der Handlung durch einen andern. Das Eingreifen der Polizei im Wege der Amtshilfe zur gewaltsamen Brechung eines vom Pflichtigen geleisteten Widerstandes, § 64 Abs. 2 nwVwVG, gehört mit zur Anwendung des Zwangsmittels Ersatzvornahme, wird allerdings als zusätzlich angewendeter unmittelbarer Zwang aufzufassen sein. In solchen Fällen wird man in den voraufgehenden Akten der Androhung und Festsetzung des Zwangsmittels Ersatzvornahme die gleichzeitige stillschweigende Androhung und Festsetzung von unmittelbarem Zwang für den Fall, daß Widerstand geleistet wird, zu sehen haben. Die Beitreibung der Kosten, die der Vollzugsbehörde durch die Beauftragung des Dritten entstehen, ist nicht mit zur Anwendung zu rechnen. Die Kostenerstattungspflicht ist eine erst mit dem Vollzug der Ersatzvornahme begründete neue Verpflichtung des Pflichtigen.³⁾ Dabei ist es allerdings zulässig, daß die Vollzugsbehörde Vorauszahlungen verlangt. Wenn man den Kostenersatz

1) Vgl. unten S. 35 ff.

2) Vgl. hierzu näher unten S. 27 f. und oben S. 13 f.

3) Vgl. Forsthoff, S. 272.

noch als mit zur Anwendung der Ersatzvornahme gehörend ansähe, müßte die Vollzugsbehörde nach § 64 Abs. 3 nwVwVG von der Kostenbeitreibung immer absehen, da der Zweck des Vollzuges, nämlich die Vornahme der Handlung, bereits mit der Ersatzvornahme erreicht ist.¹⁾

Anwendung des Mittels des Zwangsgeldes ist Entgegennahme des festgesetzten Betrages durch die nach § 2 nwVwVG zuständige Behörde oder, wenn sich der Pflichtige weigert zu zahlen, zwangsweise Einziehung des Betrages nach den Regeln der Beitreibung, 1. Abschnitt - §§ 1 bis 54 - nwVwVG.²⁾ 3) Die Anwendung des Zwangsmittels des Zwangsgeldes besteht also gerade in dessen Beitreibung.

Das Zwangsmittel der Ersatzzwangshaft wird angewendet im Wege der Vollstreckung durch die Justizverwaltung nach den Vorschriften der §§ 904 bis 911 ZPO,⁴⁾ und zwar auf Antrag der Vollzugsbehörde, § 65 Abs. 3 nwVwVG. Diese Bestimmungen der ZPO regeln die Haft zur Erzwingung des Offenbarungseides. Gegen ihre Anwendung bestehen keine Bedenken, da auch sie der Beugung eines widerstrebenden Willens des Betroffenen dienen.⁵⁾

Die Anwendung unmittelbaren Zwanges geschieht durch die vollziehende Ordnungsbehörde, ihre unselbständigen Hilfskräfte oder - auf besonderes Verlangen der Vollzugsbehörde - durch die Polizei, § 64 Abs. 2 S. 2 nwVwVG, § 17 nwPOG.⁶⁾ Die durch die Anwendung unmittelbaren Zwanges entstehenden Kosten können im Verwaltungszwangsverfahren, §§ 1 ff. nwVwVG, beigetrieben werden. Ihre Beitreibung gehört, wie bei der Anwendung der Ersatzvornahme, nicht zur Anwendung des Zwangsmittels unmittelbarer Zwang.

1) Rietdorf OBG, Anm. 1 zu § 15 BVwVG, und Vogel, Anm. 3a zu § 64 nwVwVG, berücksichtigen diesen Gesichtspunkt nicht und rechnen die Kostenbeitreibung noch mit zur Anwendung des Zwangsmittels der Ersatzvornahme.

2) Vgl. Vogel, Anm. 3b zu § 64 nwVwVG.

3) Vgl. auch unten S. 30.

4) Vgl. Hamburg OVG vom 29. 10. 1956 in MDR 1957 S. 188.

5) Vgl. oben S. 13 f. und unten S. 30.

6) Vgl. oben S. 16.

d) Sofortige Anwendung

Sofortige Anwendung ist die Anwendung eines Zwangsmittels, ohne daß sich die Behörde zuvor mit einer Ordnungsverfügung und mit schriftlicher Androhung und Festsetzung eines Zwangsmittels an den Pflichtigen gewandt hat, §§ 55 Abs. 2, 62 Abs. 1 S. 1, 63 S. 2 nwVwVG.¹⁾ Sie ist nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig, nämlich nur dann, wenn sie "zur Verhinderung strafbarer Handlungen oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt", wie § 55 Abs. 2 nwVwVG bestimmt.

Das Erfordernis der zweiten Alternative, nämlich Notwendigkeit, eine drohende Gefahr abzuwenden, ist mit den Worten des Gesetzes nur unzureichend beschrieben. Gemeint ist die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedrohende Gefahr für die Allgemeinheit oder den einzelnen. Die Gefahr muß noch drohen; die Notwendigkeit, eine bereits eingetretene Störung zu beseitigen, genügt nur dann, wenn von der eingetretenen Störung weitere Gefahren ausgehen. Die Behörde darf also die Störung nur als Quelle weiterer Gefahren beseitigen. Das Gesetz geht davon aus, daß eine sofortige Maßnahme zur Abwehr notwendig sein muß. In diesem Fall sollen (ausdrückliche) Androhung und Festsetzung des Zwangsmittels entfallen können, die sonst eine rechtsstaatliche Schutzfunktion ausüben.²⁾ Diese schärfste Form des Eingreifens soll nur unter besonders strengen Voraussetzungen gerechtfertigt sein. Sofortiges Eingreifen ist aber nur erforderlich, wenn mit der Möglichkeit eines Schadens nach allgemeiner Erfahrung nicht demnächst, sondern sofort zu rechnen ist. Die Möglichkeit eines sofortigen Schadenseintritts bezeichnet § 19 nwOBG mit gegenwärtiger Gefahr.³⁾ § 55 Abs. 2 nwVwVG ist also dahin auszulegen, daß sofortige Anwendung

1) Sofortige Anwendung eines Zwangsmittels ohne vorausgehenden Verwaltungsakt ist zu unterscheiden von der Anordnung sofortigen Vollzuges eines erlassenen Verwaltungsaktes nach § 55 Abs. 1 am Ende nwVwVG.

2) Vgl. Münster OVG vom 20. 1. 1953 E Bd. 7 S. 27 (33).

3) § 21 prPVG spricht von "einer unmittelbar bevorstehenden polizeilichen Gefahr".

bei gegenwärtiger Gefahr zulässig ist. Nur dann ist ein Eingreifen unaufschiebbar.¹⁾

Als sofort zu vollziehende Zwangsmittel eignen sich nur die Ersatzvornahme und der unmittelbare Zwang.²⁾ Zwangsgeld und Ersatzzwangshaft wirken unmittelbar nur auf den Willen des Pflichtigen, und zwar mehr durch ihre Androhung und Festsetzung als durch ihre Anwendung selbst. Durch die Beitreibung eines Zwangsgeldes oder durch Inhaftierung des Pflichtigen kann der durch die sofortige Anwendung herbeizuführende ordnungsmäßige Zustand jedenfalls nicht sicher und rasch erreicht werden, da ungewiß ist, ob der Pflichtige seinen Willen nunmehr sogleich dem Gebot oder Verbot der Ordnungsbehörde beugt. Zudem muß die Anwendung des Zwangsmittels erst beendet sein, ehe der vom Zwang Betroffene handelt.

Der rechtlichen Natur nach wurde die der sofortigen Anwendung nach § 55 Abs. 2 nwVwVG entsprechende unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Maßnahme im Sinne von § 44 Abs. 1 S. 2, § 55 Abs. 2 S. 1 prPVG von der Rechtsprechung und dem Schrifttum bisher wohl einhellig als Zusammenfassung von sachlicher Polizeiverfügung, Androhung, Festsetzung und Ausführung des Zwanges in einem einzigen Akt angesehen.³⁾

Rietdorf sieht nunmehr in der sofortigen Anwendung die sofortige zwangsweise Durchsetzung einer Ordnungsverfügung, ohne daß gleichzeitig überhaupt ein Verwaltungsakt erlassen und Zwang angedroht und festgesetzt ist.⁴⁾ Er hält die Bestimmung des § 44 Abs. 1 S. 2 prPVG, wonach die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Maßnahme dem Erlaß einer polizeilichen Verfügung gleich steht, für eine bloße gesetzestechnische Fiktion mit dem Zweck,

1) Vgl. Rietdorf OBG, Anm. 3 zu § 6 BVwVG, Anm. 4 zu § 19 nwOBG, Anm. 3 zu § 1 nwOBG; Vogel, Anm. 15 zu § 55 nwVwVG.

2) Vgl. Vogel, Anm. 9 zu § 55 nwVwVG; Münster OVG vom 27. 1. 1953 in DÖV 1954 S. 218 f.; prOVG Bd. 102 S. 139 (141).

3) Vgl. Drews-Wacke, PolR., S. 300; Franzen, Anm. 5 zu § 57 prPVG; prOVG vom 1. 11. 1934 E Bd. 95 S. 111 (118) und vom 3. 7. 1924 E Bd. 79 S. 259 (265); Münster OVG vom 27. 1. 1953 in DÖV 1954 S. 218.

4) Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 6 BVwVG; anscheinend ebenso Vogel, Anm. 13 zu § 55 und von Rosen-von Hoewel, Erl. I 2 zu § 6 und Erl. IV zu § 13 BVwVG.

trotz der damals bestehenden verwaltungsgerichtlichen Enumerationsklausel¹⁾ die unmittelbare Ausführung anfechtbar zu machen. Diese Auffassung begründet Rietdorf damit, daß sie mit "den tatsächlichen Verhältnissen" übereinstimme.²⁾

Der Meinung Rietdorfs ist nicht zuzustimmen. Zwang setzt den zu bezwingenden widerstrebenden Willen eines Dritten voraus. Zwang kommt also nur in Betracht, wenn sich der Wille des Pflichtigen dem an ihn ergangenen Gebot oder Verbot, das auf einen ordnungsmäßigen Zustand oder ein ordnungsmäßiges Verhalten gerichtet ist, widersetzt. Ist der Pflichtige mit dem Gebot oder Verbot einverstanden, sei es, daß er sich dem Willen der Ordnungsbehörde fügt oder daß er deren Tätigwerden sogar erbeten hat, bedarf es keiner zwangsweisen Durchsetzung. Das Eingreifen der Vollzugsbehörde ist in diesen Fällen kein Zwang. Das sofortige Tätigwerden ist dann keine unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Maßnahme im Sinne von § 44 Abs. 1 S. 2 prPVG oder sofortige Anwendung im Sinne von § 55 Abs. 2 nwVwVG. Ein nicht vorhandenes Gebot oder Verbot kann auch nicht durchgesetzt werden. Jedes zwangsweise Eingreifen setzt ein Gebot oder Verbot voraus, dem sich der Wille des Pflichtigen widersetzt. Ohne einen Verwaltungsakt, der ein bestimmtes Gebot oder Verbot für den Pflichtigen zum Inhalt hat, gibt es keine Widersetzlichkeit des Pflichtigen und damit auch keinen Zwang gegen ihn.

Der Verwaltungsakt wird im Regelfall geraume Zeit vor seiner zwangsweisen Verwirklichung erlassen. Aber auch im Falle sofortiger Anwendung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen liegt in dem zwangsweisen Tätigwerden der Vollzugsbehörde zugleich ein Gebot oder Verbot, dem zwangsweise Geltung verschafft werden muß, weil der Pflichtige gesetzliche Anordnungen oder Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht beachtet. Die "tatsächlichen Verhältnisse" stimmen eben nicht mit der Auffassung Rietdorfs überein. Auch die sofortige Anwendung setzt einen

1) Danach unterlagen im Gegensatz zur heutigen verwaltungsgerichtlichen Generalklausel nur enumerativ aufgezählte Tatbestände verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung. §§ 45 bis 51 prPVG sahen gegen Polizeiverfügungen ausdrücklich Beschwerde, Klage und Revision vor.

2) Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 6 BVwVG.

Verwaltungsakt voraus, der allerdings zeitlich mit dem Akt sofortigen Tätigwerdens der Vollzugsbehörde zusammenfällt. Dem widerspricht auch nicht die gesetzliche Formulierung in § 55 Abs. 2 nVwVG. Das Gesetz spricht hier vorsichtigerweise von der Anwendung des Verwaltungszwanges "ohne vorausgehenden Verwaltungsakt". Ein Verwaltungsakt geht im Falle sofortiger Anwendung zeitlich nicht voraus, sondern liegt in dem sofortigen Tätigwerden, ergeht also gleichzeitig mit der Zwangsanwendung.

Der in der sofortigen Anwendung liegende Verwaltungsakt wird dem Pflichtigen häufig mit dem Eingreifen der Vollzugsbehörde erkennbar. Er hat dann die Möglichkeit, sich dem Willen der Behörde zu unterwerfen, so daß sich das Tätigwerden der Vollzugsbehörde nicht als Zwang darstellt. Er kann auch erkennen, daß die Behörde zwangsweise gegen ihn vorgehen wird, wenn er sich nicht ihrem Willen beugt. Darin liegt aber nichts anderes als die Androhung zwangsweisen Tätigwerdens. Erfährt der Pflichtige nichts von den Maßnahmen der Behörde, kann er sich ihrem Willen nicht unterwerfen. In diesem Fall und bei Ungehorsam des Pflichtigen enthält das weitere Vorgehen der Vollzugsbehörde den Entschluß, ohne Kenntnis des Willens oder gegen den Willen des Pflichtigen tätig zu werden, also zwangsweise einzuschreiten. Denn Zwang liegt auch in einem Eingreifen ohne Einverständnis des nicht unterrichteten Betroffenen.¹⁾ Der Entschluß, zwangsweise vorzugehen, gleicht im wesentlichen einer Festsetzung des Zwangsmittels,²⁾ die also bei sofortiger Anwendung ebenfalls mit dem Akt der Zwangsanwendung zeitlich zusammenfällt. Daraus ergibt sich, daß Rechtsprechung und Lehre zutreffend die unmittelbare Ausführung bzw. die sofortige Anwendung als Zusammenfassung von Verwaltungsakt, Androhung und Festsetzung des Zwangsmittels und seiner Ausübung bzw. Anwendung auffassen.

Wenn § 63 S. 2 nVwVG bestimmt, die Festsetzung falle bei der sofortigen Anwendung weg, so kann das nur dahin verstanden werden, daß eine selbständige Festsetzung nicht erforderlich ist. Jede Zwangsanwendung geht auf einen Beschluß der Behörde hierzu

1) So auch Vogel, Anm. 1 zu § 61 nVwVG.

2) Vgl. oben S. 18.

zurück, der allerdings mit dem Tätigwerden der Behörde zusammenfallen kann.

IV. Vergleich von Zwangsgeld und Ersatzzwangshaft mit Geldbuße

und Erzwingungshaft

a) Wesensmerkmale

In § 34 nWOBG ist für Verordnungen die Möglichkeit vorgesehen, in Fällen einer Zuwiderhandlung Geldbußen anzudrohen. Die Geldbuße ist wie das Zwangsmittel ein Mittel der Verwaltung, um ihren Geboten und Verboten Gehör und Geltung zu verschaffen.¹⁾

Das prPVG bestimmte noch das Zwangsgeld sowohl als Mittel zur Durchsetzung von Verfügungen, § 55 prPVG, als auch als Mittel, den Vorschriften der Polizeiverordnungen Nachdruck zu verschaffen, § 33 prPVG. Trotz der einheitlichen Bezeichnung "Zwangsgeld" unterschied es jedoch bereits das bei der Übertretung von Verordnungen als Ahndungsmittel für vergangenes Tun zu verhängende Zwangsgeld von dem als Beugemittel festzusetzenden Zwangsgeld zur Durchsetzung einer Verfügung.²⁾ Das Ahnungs-Zwangsgeld durfte nach § 33 Abs. 2 prPVG ohne besondere vorherige Androhung, jedoch nur bei Verschulden des Betroffenen (der "die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen mußte") festgesetzt werden. Demgegenüber erforderte die Durchsetzung einer Verfügung nach § 55 prPVG durch das Mittel des Zwangsgeldes eine besondere vorherige Androhung, während ein Verschulden des Polizeipflichtigen nicht vorausgesetzt war.

Dieser zunächst nur äußerlich erscheinenden verschiedenen Behandlung im prPVG liegt ein Wesensunterschied zugrunde, dem die Ver-

1) Vgl. Rotberg, Einführung, S. 27.

2) Vgl. Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 34 nWOBG, und oben S. 12 f. dieser Abhandlung.

weisung in § 34 nWOBG auf das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - Ordnungswidrigkeitengesetz¹⁾ - Rechnung trägt.

Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts²⁾ - Wirtschaftsstrafgesetz 1949 - setzt die mit § 33 Abs. 2 prPVG begonnene Entwicklung fort und hat erstmalig ausdrücklich das Verwaltungsunrecht in Gegenüberstellung zu dem kriminellen (Straf-) Unrecht ausgesondert.³⁾

Das OwiG bestimmt als Reaktion der Verwaltung auf das mit Ordnungswidrigkeit bezeichnete Verwaltungsunrecht nunmehr das "Bußgeld". Dieses stellt die Fortentwicklung dar des in § 33 prPVG für den Ungehorsam gegen Polizeiverordnungen vorgesehenen Zwangsgeldes.

Das Bußgeld hat mit dem Zwangsgeld zur Durchsetzung von Verwaltungsakten gemeinsam, daß es ein Verwaltungsmittel ist, welches dazu dient, die Betroffenen zum Gehorsam gegenüber Geboten und Verboten der Verwaltung zu bestimmen. Es hat mit der kriminellen Strafe gemeinsam, daß es ein begangenes Unrecht sühnen will.

Das Zwangsmittel des Zwangsgeldes unterscheidet sich wesentlich von der Geldbuße dadurch, daß es darauf gerichtet ist, den Willen des Betroffenen zu einem pflichtgemäßen Verhalten zu "beugen", während das Bußgeldverfahren zunächst den bereits geschehenen Verstoß des Betroffenen ahnden will. Die kriminelle Strafe unterscheidet sich ihrerseits dadurch vom Bußgeld, daß sie ein Mittel der rechtsprechenden Gewalt ist und sich gegen die Verletzung "wesentlicher Gemeinschafts- und Individualswerte wendet".⁴⁾ Die kriminelle Strafe dient der Aufrechterhaltung der sittlichen Grundlagen der Gesellschaft. Demgegenüber soll die Geldbuße nur solche Handlungen ahnden, die Verwaltungsunrecht darstellen, die

1) OwiG vom 25. 3. 1953 (BGBl. I S. 177) i.d.F. des Gesetzes vom 26. 7. 1957 (BGBl. I S. 861).

2) WiStG 1949 vom 26. 7. 1949 (WiGBI. S. 193), verlängert durch die Gesetze vom 29. 3. 1950 (BGBl. I S. 78) und vom 30. 3. 1951 (BGBl. I S. 223).

3) Vgl. Rotberg, Einführung S. 25.

4) So Rotberg, Einführung S. 26.

sich gegen "ordnungssetzende oder -erhaltende"¹⁾ Vorschriften der Verwaltung wenden. Verwaltungsunrecht richtet sich gegen Bestimmungen, die die Verwaltung aus Gründen zweckmäßiger Ordnung der Wirtschaft, des Marktes, des Gesundheitswesens und anderer Gemeinschaftsinteressen erlassen hat. Derjenige, der gegen Normen verstößt, die der Wahrung von Verwaltungszwecken dienen, verletzt nicht die ethischen Grundlagen der Gemeinschaftsordnung. Sein Verhalten verdient keine kriminelle Strafe. Zur Ahndung dieses "entkriminalisierten" Unrechts dient die Geldbuße, die nicht die rechtsprechende Gewalt, sondern die Verwaltung selbst verhängt, wenn auch unter der Kontrolle der Gerichte.

Ob eine Unrechtshandlung als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat zu ahnden ist, richtet sich im Einzelfall nicht nach der theoretischen Unterscheidung von Verwaltungs- und kriminellem Unrecht. Der Gesetzgeber selbst bestimmt gemäß § 1 OwiG dadurch, welches Übel er androht, ob die Tat eine Ordnungswidrigkeit ist oder als Straftat behandelt werden soll.²⁾ Die Zuordnung einer jeden Unrechtshandlung in das Rechtsgebiet, gegen dessen Grundsätze sie verstößt, ist das noch nicht erreichte Ziel der Gesetzgebung. Viele der im Strafgesetzbuch als (kriminelle) Übertretungen dargestellten Tatbestände gehören ihrem Unrechtsgehalt nach zu den Ordnungswidrigkeiten.

Die Gestaltung des Bußgeldverfahrens ist bedingt durch die Bestimmung der Geldbuße einerseits als Mittel der Verwaltung zur Erreichung von Verwaltungszwecken, andererseits als Mittel zur Ahndung von geschehenem Unrecht. Demgemäß unterscheidet es sich bzw. gleicht es dem Zwangsmittelverfahren.

Unter Verzicht auf eine getrennte Anklage- und Entscheidungszuständigkeit obliegt der Verwaltungsbehörde selbst die Durchführung der Ermittlungen, §§ 35 bis 47 OwiG, und der Erlass des Bußgeldbescheides, §§ 48 bis 53 OwiG. Die Verwandtschaft mit dem kriminellen Unrecht erfordert eine geordnete Führung der Ermittlungen und eine förmliche Festsetzung des Bußgeldbescheides. Da

1) So Rotberg, Einführung S. 25

2) Vgl. Rotberg, Anm. 2 zu § 1 OwiG.

das Bußgeld der Wahrung der Verwaltungszwecke gegenüber dem die Sicherheit oder Ordnung verletzenden, gleichwohl aber nicht kriminellen Bürger dient, bedarf es nicht der Sonderung der Ermittlungszuständigkeit von der Entscheidungszuständigkeit.¹⁾ Der Bußgeldbescheid führt nicht zum Vorwurf des sittlich-verwerflichen Verhaltens. Die Rechte des Betroffenen sind daher in einem sehr viel geringeren Maße gefährdet als die des einer kriminellen Straftat Verdächtigten. Seinen berechtigten Belangen wird in hinreichendem Maße Rechnung getragen, wenn die Verwaltungsbehörde, gegen deren Anordnungen er verstoßen hat, selbst und allein ermittelt und entscheidet. Rechtsstaatliche Grundsätze erfordern auch hier die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung, die das Gesetz den ordentlichen Gerichten anvertraut hat, §§ 54 bis 57 OWiG. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte findet ihre Rechtfertigung darin, daß diese Gerichte bereits zur Entscheidung über das verwandte Gebiet des kriminellen Unrechts berufen sind. Dementsprechend ist die Nachprüfung von Akten des Zwangsmittelverfahrens in die Hände der Verwaltungsgerichte gelegt, weil es sich hier um Fragen allein des Verwaltungsrechts handelt.

Im Bußgeldverfahren findet sich die der Ersatzzwangshaft²⁾ ähnliche Erscheinung der Erzwingungshaft. Sie kann gemäß § 69 OWiG auf Antrag der Verwaltungsbehörde durch das Amtsgericht angeordnet werden, wenn die "Vollstreckung einer Geldbuße fruchtlos ausgefallen" ist und "begründeter Anlaß zu der Annahme" besteht, "daß der Betroffene sich der Zahlung der Geldbuße zu entziehen sucht". Anders ist die Regelung der Haft im Zusammenhang mit dem Zwangsgeld. Wie schon die gesetzliche Bezeichnung "Ersatzzwangshaft" im nVwVG erkennen läßt, tritt dieses Zwangsmittel an die Stelle des Zwangsgeldes. Das festgesetzte Zwangsgeld fällt weg, die Haft hat jetzt die Aufgabe, den Willen des Betroffenen zu beugen, damit er die Ordnungsverfügung befolgt. Demgegenüber tritt die Erzwingungshaft nicht ersatzweise an die Stelle des Bußgeldes. Ihr Zweck ist vielmehr, die Zahlung des Bußgeldes zu erzwingen. Sie ist also kein Ahndungsmittel wie das Bußgeld, sondern ein Beuge-

1) Vgl. Rotberg, Einführung S. 29 und Vorbemerkung vor § 35 S.134.

2) Vgl. oben S. 13 f. Ersatzzwangshaft kann das Verwaltungsgericht gemäß § 65 nVwVG auf Antrag der Vollzugsbehörde anordnen, wenn das Zwangsgeld uneinbringlich ist.

mittel wie die Ersatzzwangshaft.¹⁾ Dennoch unterscheidet sich die Erzwingungshaft wesentlich von der Ersatzzwangshaft. Das Zwangsmittel der Ersatzzwangshaft soll den Ordnungspflichtigen wie zuvor das Zwangsgeld dazu bestimmen, der an ihn ergangenen Ordnungsverfügung nachzukommen, mit der die Ordnungsbehörde ihn zu einem rechtmäßigen Verhalten angehalten hat. Die Erzwingungshaft dient aber allein der Beitreibung des Bußgeldes. Die Verhaftung befreit den Betroffenen daher nicht von der Pflicht zur Zahlung des im Bußgeldbescheid festgesetzten Geldbetrages, sie soll ihn gerade zur Zahlung willig machen. Damit unterscheidet sich die Erzwingungshaft zugleich von der Ersatzfreiheitsstrafe nach § 29 StGB. Diese Strafe tritt "an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe". Durch Verbüßung der Freiheitsstrafe entfällt dort die Verpflichtung zur Zahlung der Geldstrafe.

Dem besonderen Charakter der Erzwingungshaft trägt das Gesetz in § 69 OWiG dadurch Rechnung, daß es ihre Anordnung von dem (aus begründetem Anlaß anzunehmenden) Willen des Betroffenen abhängig macht, sich "der Zahlung der Geldbuße zu entziehen". Die demgegenüber für die Verhängung der Ersatzzwangshaft nach § 65 nVwVG geforderte Uneinbringlichkeit des mit dem Zwangsgeld festgesetzten Geldbetrages genügt bei der Erzwingungshaft daher nicht. Die Vollstreckung der Geldbuße muß vielmehr aus dem Grunde fruchtlos ausgefallen sein, weil der Schuldner nicht zahlen will. Mangelnde Zahlungsfähigkeit berechtigt zwar zur Festsetzung der Ersatzzwangshaft, nicht aber zur Anordnung der Erzwingungshaft.²⁾

b) Verfahren

Dem verschiedenartigen Wesen von Bußgeld und Zwangsgeld entspricht die weitere Ausgestaltung des Bußgeld- und des Zwangsmitelverfahrens.

Bußgeld wird wie die Kriminalstrafe allgemein in Gesetzen oder Verordnungen angedroht, § 1 Abs. 1 OWiG.³⁾ Das Zwangsgeld

1) Vgl. Rotberg, Anm. 1 zu § 69.

2) Vgl. auch Rotberg, Anm. 2, 3 zu § 69 OWiG.

3) Vgl. auch § 34 Abs. 1 nVwVG.

bedarf der besonderen schriftlichen Androhung im einzelnen Fall, § 62 nwVwVG.

Die Erzwingungshaft wird weder allgemein noch besonders angedroht. Sie ist immer zulässig, wenn Bußgeld allgemein angedroht ist. Die Ersatzzwangshaft wird nicht besonders angedroht, der Pflichtige muß jedoch bei der Androhung des Zwangsgeldes auf die Möglichkeit ihrer Verhängung hingewiesen sein, § 65 Abs. 1 S. 1 am Ende nwVwVG, was dem Erfordernis einer vorherigen Androhung gleichkommt.

Die Festsetzung des Bußgeldbescheides erfordert schriftliche Begründung und Zustellung, §§ 52 f. OwiG. Aus der Natur des Bescheides als einer Entscheidung über die Ahndung von Unrecht ergibt sich, daß die äußere Form im wesentlichen einem Strafurteil entsprechen muß.¹⁾ Für die Festsetzung des Zwangsgeldes ist zwar keine bestimmte Form vorgeschrieben. Die Praxis pflegt dem Pflichtigen die Festsetzung jedoch in aller Regel schriftlich mitzuteilen.²⁾ Die Festsetzung sowohl der Ersatzzwangshaft als auch der Erzwingungshaft geschieht durch gerichtlichen Beschluß des Verwaltungs- bzw. des Amtsgerichts, § 65 Abs. 1 nwVwVG, § 69 Abs. 1 OwiG.³⁾

1) Vgl. im einzelnen Rotberg, Anm. 2 bis 5 zu § 52 OwiG.

2) Hierfür sind Vordrucke entwickelt, z.B. von der Deutschen Gemeindeverlag GmbH Vordruck NW 113/866.

3) Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG hebt § 65 Abs. 1 S. 2 nwVwVG ausdrücklich die Einschränkung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person hervor, vgl. oben S. 8 ff. Eine entsprechende Bestimmung fehlt im OwiG. Doch wird man § 69 OwiG dennoch für wirksam halten müssen. Die Erzwingungshaft des OwiG geht auf die Ersatzfreiheitsstrafe nach § 96 WiStG 1949, diese auf die Ersatzhaft nach § 29 StGB zurück; vgl. auch Röhl, S. 212. Das OwiG trifft hinsichtlich des Eingriffs in Grundrechte keine vom vorkonstitutionellen Recht wesentlich abweichende Regelung. Aus den oben S. 9 f. dargelegten Gründen braucht die Einschränkung von Grundrechten daher im OwiG nicht ausdrücklich erwähnt zu sein. Das ergibt sich auch aus folgendem: Jedem Grundrecht wohnen immanente Schranken inne, deren gesetzliche Festlegung nur deklaratorische Bedeutung hat. Zu diesen Schranken gehört auch die Möglichkeit, das Recht auf Unverletzlichkeit der Freiheit der Person durch eine "auf einem gesetzmäßigen Verfahren ergehende richterliche Entscheidung" zu begrenzen, vgl. BVerfG vom 18.9.1952 E Bd. 1 S. 418 (420 f.). Das gilt im Kriminalstrafrecht, vgl. Dürig, S. 85 f., ist im Sinne einer großzügigen Auslegung des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG aber

Die Anwendung des Zwangsmittels Zwangsgeld sowie die Vollstreckung des Bußgeldbescheides richten sich nach den Vorschriften des Verwaltungszwangsverfahrens, §§ 1 bis 54 nwVwVG, § 68 Abs. 1 OwIG.¹⁾

Während die Ersatzzwangshaft auf Antrag der Vollzugsbehörde von der Justizverwaltung nach den Vorschriften der §§ 904 bis 911 ZPO vollstreckt wird,²⁾ gelten für die Erzwingungshaft die Bestimmungen über die Vollstreckung der Zeugniszwangshaft, § 69 Abs. 3 OwIG, § 70 Abs. 2 StPO.

C. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Zwangsfestsetzung
=====

und Zwangsanwendung
=====

I. Regelung nach dem nwVwVG

§ 67 nwVwVG regelt die "Rechtsmittel" gegen Zwangsmaßnahmen. Die Bezeichnung "Rechtsmittel" ist ungenau. Gemeint sind die förmlichen Rechtsbehelfe im weiteren Sinne. Hierunter sind alle gesetzlich vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung eines Rechts des Berechtigten unter Einschluß der sogenannten Rechtsmittel im eigentlichen Sinn³⁾ zu verstehen. Rechtsmittel im eigentlichen Sinn sind dazu bestimmt, die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung durch eine höhere Gerichtsinstanz zu erreichen. Rechtsbehelfe im engeren Sinn bringen die Entscheidung zur Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit vor die erlassende oder eine höhere Verwaltungsinstanz oder zur Überprüfung ihrer Recht-

auch für das verwandte Gebiet des Verwaltungsunrechts anzuerkennen, vgl. Röhl aaO. Damit bedarf es also für § 69 OwIG keiner Nennung des durch die Möglichkeit der Anordnung der Erzwingungshaft nur inhaltlich begrenzten, nicht aber eingeschränkten Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Freiheit der Person.

- 1) Lediglich Bußgeldbescheide von Bundesbehörden werden durch das Finanzamt nach den Vorschriften der Reichsabgabenordnung vollstreckt, § 68 Abs. 2 OwIG.
- 2) Vgl. oben S. 19.
- 3) Vgl. auch Berner in von Brauchitsch I S. 47.

mäßigkeit vor die erste Gerichtsstanz.¹⁾ Hierzu ist auch die Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechnen, die auf die Beseitigung eines (rechtskräftigen) Urteils zielt, insoweit also den Rechtsmitteln ähnlich ist. Ihr fehlen jedoch der Devolutiv- und der Suspensiveffekt, so daß sie zu den Rechtsbehelfen im engeren Sinne gehört. Als förmliche Rechtsbehelfe im weiteren Sinne kommen nach der VwGO in Betracht: Widerspruch sowie Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage, Berufung, Beschwerde und Revision sowie Wiederaufnahme des Verfahrens und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.²⁾

Nach § 67 nwVwVG sind gegen die Androhung eines Zwangsmittels die Rechtsbehelfe gegeben, die gegen den durchzusetzenden Verwaltungsakt - hier also gegen die zugrunde liegende Ordnungsverfügung - gegeben sind. Gegen die sofortige Anwendung sind die Rechtsbehelfe zulässig, die gegen Verwaltungsakte allgemein vorgesehen sind, § 67 Abs. 2 nwVwVG. Bestimmungen über den Rechtsschutz gegen Festsetzung und Anwendung eines Zwangsmittels enthält das nwVwVG nicht.

Es erhebt sich damit die Frage, wie das Schweigen des nwVwVG zu deuten ist. Mehrere Möglichkeiten kommen in Betracht.³⁾

Da für die Androhung von Zwang und für die sofortige Anwendung ausdrücklich Rechtsschutz vorgeschrieben ist, könnte man umgekehrt schließen (*argumentum e contrario*), daß Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung nicht angreifbar sein sollen. Gegen eine solche Auslegung spricht jedoch die geschichtliche Entwicklung der Vorschrift des § 67 nwVwVG. Sie geht auf § 57 Abs. 2 und 3 prPVG sowie auf § 133 Abs. 1 und 2 prLVG zurück. Hier war ausdrücklich bestimmt, daß gegen Festsetzung und Ausführung²⁾ eines Zwangsmittels nur die binnen zwei Wochen zu erhebende Beschwerde an die Dienstaufsichtsbehörde, mit anderen Worten also keine Klage

1) Vgl. Vogel, Anm. 7 zu § 55 nwVwVG und Anm. 1 zu § 67 nwVwVG sowie das dort zitierte Schrifttum, und Wolff, VerwR, S.228 f.

2) §§ 42, 43, 60, 68, 124, 132, 146, 153 VwGO.

3) Vgl. hierzu auch Münster OVG vom 24. 6. 1955 in Zeitschrift für Beamtenrecht, 1956, S. 25 (26).

4) Diese "Ausführung" entspricht der "Anwendung" des nwVwVG.

gegeben war.¹⁾ Der Gesetzgeber hat diese Regelung in das nwVwVG nicht übernommen. Es ist daher davon auszugehen, daß die früher vorgesehene ausdrückliche Beschränkung in den Rechtsbehelfen fortfallen soll.

Der Mangel positiver Bestimmungen über die Anfechtbarkeit von Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung läßt jedoch nicht den Schluß zu, daß Festsetzung und Anwendung wie Verwaltungsakte anfechtbar sein sollen ohne Rücksicht darauf, ob sie nach allgemeinen Regeln anfechtbar sind. Nachdem das prPVG und das prLVG nur sehr beschränkten Rechtsschutz gewährten, lag es vielmehr nahe, nunmehr unbeschränkten Rechtsschutz ausdrücklich vorzuschreiben, wenn er in jedem Fall gegeben sein sollte. Das ist nicht geschehen, so daß auch diese Auslegung nicht gerechtfertigt erscheint.

Vogel²⁾ begründet seine Ansicht, die regelmäßige (auf Androhung und Festsetzung folgende) Zwangsanwendung sei als Verwaltungsakt anfechtbar, damit, daß das Gesetz selbst in § 67 Abs. 2 nwVwVG gegen die "sofortige Anwendung" im Sinne von § 55 Abs. 2 nwVwVG die allgemein gegen Verwaltungsakte zulässigen Rechtsmittel gebe; es behandle die Anwendung also selbst als Verwaltungsakt. Seine Auffassung trifft nicht zu. Die sofortige Anwendung ist schon deshalb anfechtbar, weil sie eine anfechtbare Ordnungsverfügung enthält.³⁾ Die gesetzliche Regelung stellt sicher, daß jedenfalls die sofortige Anwendung selbst anfechtbar ist. Bei der regelmäßigen Anwendung von Zwang sind dagegen bereits Verfügung und Androhung angreifbar. Die rechtliche Situation ist daher für den Betroffenen eine ganz andere. Eine Gleichbehandlung beider Arten von Maßnahmen ist daher nicht gerechtfertigt.

Nachdem das nwVwVG die allgemeinen förmlichen Rechtsbehelfe gegen

1) Vgl. auch: prOVG vom 1. 6. 1897 E Bd. 32 S. 387 (390);
" 12. 3. 1914 E Bd. 66 S. 341 (347);
" 10. 4. 1924 E Bd. 79 S. 400 (405);
" 15. 11. 1928 E Bd. 83 S. 211 ff.;
" 5. 10. 1933 E Bd. 91 S. 127 (130);
" 1. 2. 1934 E Bd. 92 S. 209 (210 f.);
" 25. 11. 1937 E Bd. 101 S. 224 (227).

2) Anm. 1 zu § 64 nwVwVG.

3) Vgl. oben S. 21 ff.

die Androhung und die sofortige Anwendung von Zwang zugelassen hat, andererseits früher § 57 Abs. 3 prPVG den Rechtsschutz gegenüber Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung nur beschränkt gewährt hatte, wäre eine ausdrückliche Regelung der Rechtsbehelfe gegen Festsetzung und Anwendung von Zwang möglich gewesen. Da eine solche ausdrückliche Regelung fehlt, ergibt sich schließlich nur folgende Deutung: Das Gesetz geht davon aus, daß die Frage, ob Festsetzung und Anwendung von Zwang anfechtbar sind, nach den allgemeinen Regeln über die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten beurteilt werden soll.

Das Gesetz überläßt damit die Entscheidung, ob Festsetzung und Anwendung von Zwang Verwaltungsakte und daher auf Grund der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel für die Aufhebung von Verwaltungsakten (§ 42 VwGO) anfechtbar sind, der Lehre und der Rechtsprechung. Die ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Anfechtbarkeit hätte den Verwaltungsrechtsweg auch dann eröffnet, wenn Festsetzung und Anwendung der Zwangsmittel nicht der Generalklausel unterfallen. Einer solchen Ausweitung des Verwaltungsgerichtsweges stand das rechtspolitische Bedenken gegenüber, daß die Verwaltungstätigkeit durch eine große Anzahl von besonders zugelassenen Anfechtungsmöglichkeiten in ihren Maßnahmen zu sehr gehemmt und beeinträchtigt wird.¹⁾ Andererseits hatte sich der Gesetzgeber mit einer Ablehnung der Anfechtbarkeit möglicherweise zu der durch Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 74 der nordrhein-westfälischen Landesverfassung²⁾ verfassungsmäßig geschützten Generalklausel der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Widerspruch gesetzt, wenn nämlich Festsetzung und Anwendung als Verwaltungsakte aufzufassen sind.

Aus dem Schweigen des Gesetzes ergibt sich für Lehre und Rechtsprechung die Aufgabe zu klären, ob Festsetzung und Anwendung von Zwang nach allgemeinen Vorschriften anfechtbar sind.

Die vorliegende Untersuchung soll sich dabei auf die Angreifbar-

1) Vgl. von Rosen-von Hoewel, Erl. I zu § 18 BVwVG.

2) Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen i.d.F. des Gesetzes zur Ergänzung des Art. 46 vom 11. 5. 1954, GS. NW. S. 3.

keit von Festsetzung und Anwendung durch die förmlichen Rechtsbehelfe erstrecken.

Die Festsetzung der Ersatzzwangshaft geschieht im Wege der Anordnung durch das Verwaltungsgericht,¹⁾ ihre Anwendung als "Vollstreckung" durch die Justizverwaltung,²⁾ § 65 Abs. 1 und 3 nwVwVG. Der Rechtsschutz gegen diese Maßnahmen richtet sich nach den besonderen Bestimmungen der VwGO und der ZPO. Die Anfechtung der Anwendung des Zwangsmittels Zwangsgeld ist als "Beitreibung" nach den besonderen Vorschriften im 1. Abschnitt (Geldforderungen, §§ 1 bis 54) des nwVwVG unter Verweisung auf die in der ZPO gegebenen Rechtsbehelfe geregelt.³⁾ Das Problem, ob Verwaltungsakte vorliegen oder nicht, stellt sich wegen der übergreifenden gesetzlichen Regelung in diesen Fällen nicht. Inwieweit hier förmliche Rechtsbehelfe gegeben sind, bedarf daher im folgenden keiner Erörterung mehr.

II. Rechtsschutz auf Grund der Generalklausel der VwGO

Da das nwVwVG die Frage, ob Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung anfechtbar sind, nicht beantwortet, ist also zu untersuchen, inwieweit sich eine Anfechtbarkeit aus allgemeinen Vorschriften ergibt. Hier kommt die VwGO als das maßgebliche Gesetz für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Betracht.

§ 42 VwGO enthält die verwaltungsgerichtliche Generalklausel. Sie besagt, daß sich der einzelne bei Verletzung seiner Rechte "an die Rechtsprechung (dritte Gewalt) wenden darf, um zu erreichen, daß die Verwaltung (zweite Gewalt) die Regeln der Rechtsetzung (erste Gewalt) beachte."⁴⁾ Die Generalklausel dient mithin dem auf dem Gleichgewicht und der gegenseitigen Kontrolle der Staatsgewaltfunktionen aufgebauten Rechtsstaat, wie er jedenfalls in der

1) Vgl. oben S. 13 ff., 18.

2) Vgl. oben S. 19.

3) Vgl. oben S. 19.

4) So von Turegg, Generalklausel, S. 2, hinsichtlich der entsprechenden Bestimmung des § 22 Abs. 1 VGVO.

Konzeption im Grundgesetz verankert ist.¹⁾

Der Pflichtige, der durch Zwangsfestsetzung oder Zwangsanwendung in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, wird in der Regel die Aufhebung der gegen ihn ergangenen Zwangsmaßnahmen - vielleicht mit anschließender Folgebeseitigung - begehren.

Nach § 42 Abs. 1 VwGO entscheiden die Verwaltungsgerichte u. a. über die Aufhebung von Verwaltungsakten.

Ist die Anfechtungsklage zulässig, so ist der Rechtsbehelf des Vorverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO der Widerspruch.

a) Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung als Verwaltungsakte

Gegenstand der Anfechtungsklage ist ein Verwaltungsakt, § 42 Abs. 1, § 79 Abs. 1 VwGO. Die Frage, was unter einem Verwaltungsakt zu verstehen ist, gehört dem materiellen Verwaltungsrecht an und ist in der VwGO nicht geregelt. Eine Legaldefinition enthielt die VGVO in § 25 Abs. 1. § 23 Abs. 1 Berl VGG und § 4 BerlVwVerfG übernahmen diese Definition. § 25 Abs. 1 VGVO bestimmte:

Verwaltungsakt im Sinne dieser Verordnung ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird. Ausgenommen sind die Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Zivilprozesses, des Strafprozesses einschließlich des Strafvollzuges, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Entnazifizierungsverfahrens.

Schon die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat mit Recht dieser Legaldefinition allgemeine Bedeutung über den Geltungsbereich der VGVO und des Berl VGG hinaus zugesprochen.²⁾

Insbesondere Försthoff³⁾ hat darauf hingewiesen, daß sich der Begriff des Verwaltungsaktes nicht in der Verwaltungspraxis, der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung oder in der Gesetzes-

1) Vgl. Art. 20 Abs. 2 GG.

2) BVerwG vom 21. 10. 1955 E Bd. 2 S. 273 (274) und vom 27. 2. 1957 E Bd. 4 S. 298 (299).

3) S. 180 f. Vgl. auch Wolff, VerwR., S. 243.

sprache entwickelt hat.¹⁾ Die Lehre vom Verwaltungsakt verdankt ihre Entstehung vielmehr vornehmlich der Rechtswissenschaft. Sie beruht dabei nicht auf apriorischen und abstrakten Erkenntnissen, sondern auf der Erfahrung. Sie ist eine Zweckschöpfung und soll im System des Verwaltungsrechts eine sichere Grundlage für die rechtliche Beurteilung solcher Verwaltungshandlungen ermöglichen, durch die in die Freiheits- und Eigentumsrechte eines einzelnen eingegriffen wird. Das Verwaltungsrecht bedarf "fester Stützpunkte",²⁾ rechtlich faßbarer und abgrenzbarer Rechtsfiguren, die in rechtlich bestimmter Weise einsatzfähig und an deren Existenz bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind.³⁾ Diejenigen Verwaltungsmaßnahmen sollen Verwaltungsakte sein, die "eine Änderung der Rechtslage des Betroffenen"⁴⁾ bewirken, die eine beantragte Regelung ablehnen oder eine unmittelbar rechtserhebliche Feststellung treffen und die daher die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung erfordern.⁵⁾ Bestimmend für die Lehre vom Verwaltungsakt ist die Befriedigung des Rechtsschutzbedürfnisses eines jeden Bürgers.⁶⁾ Dabei genügt allerdings nicht, daß Rechtsschutz lediglich "wünschenswert" ist.⁷⁾ Aus dieser teleologischen Bestimmung des Verwaltungsaktes ist auch die im Schrifttum vorhandene große Anzahl der (im einzelnen vielfach voneinander abweichenden) Definitionsversuche zu erklären.⁸⁾ Die teleologische Bestimmung des Verwaltungsaktes allein reicht für eine klare Abgrenzung gegenüber an-

-
- 1) Der Begriff Verwaltungsakt findet sich erst in der neuesten Gesetzgebung, so in den Verwaltungsgerichtsgesetzen und in Art. 129 Abs. 1 GG. Früher wurden die entsprechenden Sachverhalte durch spezielle Bezeichnungen erfaßt, so durch die Worte Bescheid, Entscheidung, Beschluß, Verfügung, Anordnung, Genehmigung, Erlaubnis und Feststellung.
 - 2) So von Turegg, Generalklausel, S. 3.
 - 3) Derselbe, Generalklausel, S. 5.
 - 4) So Wolff, VerwR., S. 238; vgl. auch Forsthoff, S. 182 f.
 - 5) Vgl. Jahrbuch der Entscheidungen des Thüringischen OVG, Bd. 18, Jena 1948, S. 89 f.
 - 6) Vgl. Otto Mayer I S. 59, 93; Forsthoff, S. 181, u.a.; BVerwG vom 3. 5. 1956, E Bd. 3 S. 258 (262) und vom 18. 9. 1958 in MDR 1958 S. 942 (943); BGH vom 10. 3. 1958 in DÖV 1958 S. 629.
 - 7) Vgl. Wolff, VerwR., S. 243.
 - 8) Vgl. Obermayer § 1.

deren Verwaltungsrechtshandlungen nicht aus, da auch diese nach § 40 VwGO bei der Entscheidung über andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sein können.¹⁾

Um das Wesen des Verwaltungsaktes in der für die vorliegende Untersuchung erforderlichen Eindeutigkeit zu bestimmen, empfiehlt es sich, kurz auf die neuere Entwicklung des Begriffs im Verwaltungsrecht einzugehen.

Die Definitionen des Verwaltungsaktes im heutigen Schrifttum schließen sich meist an die Legaldefinition in § 25 Abs. 1 VGVO an oder stimmen doch inhaltlich hiermit im wesentlichen überein. § 25 Abs. 1 VGVO und die hiermit wörtlich gleichlautenden Legaldefinitionen in § 23 Abs. 1 Berl VGG und § 4 BerVwVerfG sind bisher die einzigen gesetzgeberischen Versuche einer Begriffsbestimmung geblieben, die allerdings schon bis zum Inkrafttreten der VwGO allgemeine Bedeutung und Anerkennung über den Geltungsbereich dieser Gesetze hinaus gewonnen hatten.²⁾

Nach Giese³⁾ verbleibt für den Verwaltungsakt "der Inbegriff folgender Begriffsmerkmale: Kraft öffentlicher Gewalt ergehende einseitig-hoheitliche Verwaltungsmaßnahme der Dienststelle eines öffentlichen Verbandes gegenüber bestimmten oder bestimmbaren Personen zur unmittelbaren Gestaltung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses für den Einzelfall"

Nach Forsthoff⁴⁾ sind Verwaltungsakte "alle einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltungsbehörden, von welchen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht, mit Ausnahme der Rechtsetzung und Rechtsprechung."

Wolff⁵⁾ definiert den Verwaltungsakt als "jede von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles, durch welche

1) Vgl. Wolff, VerwR., S. 243.

2) Vgl. oben S. 35.

3) S. 83.

4) S. 189.

5) VerwR., S. 244.

eine oder mehrere Personen unmittelbar betroffen werden."

Nach Obermayer¹⁾ ist der Verwaltungsakt eine "Handlung, die erlassen wird von einer Verwaltungsbehörde bei Betätigung hoheitlicher Verwaltung mit unmittelbar rechtserheblicher Wirkung gegenüber einem zumindest bestimmaren Personenkreis außerhalb der Gerichtsbarkeit und der Rechtsetzung im formellen Sinn".

Eyermann-Fröhler²⁾ definiert den Verwaltungsakt als "die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene verbindliche Regelung eines Einzelfalles, soweit sie nicht in der Form eines Gesetzes oder einer gerichtlichen Entscheidung ergeht".

Die Definition in § 25 VGVO enthält nach ihrer Auslegung in Schrifttum und Rechtsprechung die im wesentlichen allseitig anerkannten und insbesondere auch schon vor dem Erlaß der VGVO von den Gerichten ihren Entscheidungen zugrunde gelegten Merkmale des Begriffes Verwaltungsakt. Wenn auch wörtliche Fassung und Inhalt im einzelnen nicht immer übereinstimmen, kann unter Berücksichtigung der zahlreichen gemeinsamen Merkmale das Bestehen einer herrschenden Meinung bejaht werden.³⁾ Obwohl § 25 VGVO nicht mehr gilt, ist die hier gegebene Bestimmung geeignet, den Begriff des Verwaltungsaktes darzulegen.

Eine besondere Bedeutung erfährt der Begriff des Verwaltungsaktes durch Art. 19 Abs. 4 GG. Diese Grundgesetzvorschrift will umfassenden Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt gegenüber dem einzelnen gewähren. Der Gegenstand dieses Rechtsschutzes, das Tätigwerden der öffentlichen Gewalt im einzelnen Fall, ist begrifflich als Verwaltungsakt zu charakterisieren.⁴⁾⁵⁾

1) § 13.

2) VwGO, Rd. Nr. 13 zu § 42.

3) Vgl. Obermayer § 7.

4) Vgl. Obermayer § 9; BVerwG vom 27. 2. 1957 E Bd. 4 S. 298 (299).

5) Vgl. auch Art. 74 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen.

Für die vorliegende Abhandlung ergibt sich mithin die Aufgabe, im einzelnen zu untersuchen, ob Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung Verwaltungsakte im Sinne der durch die Verwaltungsrechtswissenschaft und urch Art. 19 Abs. 4 GG interpretierbaren Legaldefinition in § 25 Abs. 1 VGVO sind. Diese Legaldefinition gilt nach der Ablösung der VGVO durch die VwGO zwar nicht mehr als geschriebenes Recht im früheren Geltungsbereich der VGVO fort. Sie wurde aber bereits vor Inkrafttreten der VwGO auch in den Geltungsbereichen der anderen Verwaltungsprozeßgesetze allgemein anerkannt¹⁾ und umschreibt auch nach Inkrafttreten der VwGO im wesentlichen zutreffend²⁾ den dem materiellen Recht angehörenden Begriff des Verwaltungsaktes. Die VwGO nimmt keine eigene Definition vor, setzt den Begriff vielmehr voraus.³⁾ Die Legaldefinition in § 25 Abs. 1 VGVO vermag demnach aus den vorstehend gegebenen Gründen mit dem durch die Lehre und die Rechtsprechung modifizierten Inhalt heute als Gewohnheitsrecht fortzugelten.

1. Maßnahme

Nach § 25 Abs. 1 VGVO erfordert das Vorliegen eines Verwaltungsaktes zunächst eine "Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme." Aus dieser Formulierung ist zu schließen, daß jede Maßnahme in Betracht kommt, gleichgültig, wie sie im besonderen bezeichnet ist. Maßnahme ist der Oberbegriff, unter den die beispielhaft aufgezählte Verfügung, Anordnung und Entscheidung als die besonders häufigen und allgemein bekannten Erscheinungsformen des Verwaltungsaktes fallen.⁴⁾

Unter Maßnahme ist nach dem Sprachgebrauch jede Handlung⁵⁾ zu

1) Vgl. oben S. 35 Fußnote 2.

2) Vgl. zur Kritik Wolff, VerwR., S. 243 f.

3) Vgl. Klinger, VwGO, Anm. E I 1 zu § 42; Redecker-von Oertzen, Anm. B I 1 zu § 42; Ule, Gerichtsbarkeit, Anm. IV 1 a zu § 42, und VerwProzR., S. 96 f.; Wolff, VerwR., S. 243, u.a.

4) Vgl. Klinger, VGVO, Anm. B zu § 25 VGVO; Münster OVG vom 24. 11. 1953 in Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1953 S. 347.

5) Bachof, Klage, S. 35, hält es für nicht geklärt, ob sich "Maßnahme" nicht vielmehr nur auf tatsächliche Verwaltungsakte beziehen solle. Dem widerspricht jedoch der Wortlaut "sonstige Maßnahme", wonach auch eine Verfügung, Entscheidung usw. als Maßnahme aufzufassen ist.

verstehen, deren Schwergewicht auf dem durch sie zu erreichenden Erfolg liegt.¹⁾ Die Maßnahme im Sinne von § 25 VGVO muß auf einen verwaltungsmäßigen Erfolg gerichtet sein.

Keine Maßnahmen sind alle nicht willentlich geschehenden Vorgänge, wie z. B. der Schuß, den ein Polizeibeamter infolge physischen Zwanges eines Dritten abgibt. Keine Maßnahmen sind auch alle Handlungen, die der Träger eines öffentlichen Amtes nicht um der besonderen Verwaltungszwecke, sondern lediglich um ihrer selbst willen vornimmt, wie etwa das Fußballspiel, das Beamte einer Stadtverwaltung austragen.

Weil sie nicht auf einen Verwaltungserfolg zielen, sind auch bloße Kundmachungen keine Maßnahmen. Es handelt sich hierbei etwa um Mitteilungen (einer Behörde an eine andere oder an einen Privatmann von der Entscheidung einer dritten Behörde),²⁾ Belehrungen (etwa über gesetzliche Bestimmungen), Empfehlungen, Warnungen,³⁾ Auskünfte,⁴⁾ Hinweise auf die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens, Höflichkeitsakte (z.B. Glückwünsche des Bürgermeisters zur diamantenen Hochzeit). Solche Tätigkeiten können, wie z. B. die Einholung einer Auskunft, später zu treffende Maßnahmen vorbereiten, dienen also dann wenigstens mittelbar dem Zweck dieser späteren Maßnahme. Sie sind aber selbst keine Verwaltungsakte, weil ihr unmittelbarer Zweck ein nicht wesentlich verwaltungsmäßiger Erfolg ist, weil sie nichts regeln oder festsetzen.

Sowohl die Festsetzung als auch die Anwendung eines Zwangsmittels stellen eine Handlung dar. Der durch sie erstrebte Erfolg ist ein bestimmter Verwaltungszweck, nämlich die Durchsetzung der zugrunde liegenden Ordnungsverfügung. Deshalb stellen sie ein auf einen bestimmten Fall gerichtetes, eine konkrete Lage klarendes und ab-

1) Handlungen, die ihre Bedeutung in erster Linie in sich selbst tragen, wie etwa künstlerische Darbietungen, lassen sich nicht als Maßnahmen bezeichnen.

2) Vgl. Münster OVG vom 17. 4. 1950 E Bd. 2 S. 7 f. und vom 18. 12. 1957 in DÖV 1958 S. 717.

3) Unter besonderen Umständen kann auch eine Warnung ein Verwaltungsakt sein, vgl. Stuttgart VGH vom 11. 2. 1957 in DÖV 1957 S. 217 ff.

4) Vgl. Münster OVG vom 18. 12. 1957 in MDR 1958 S. 544.

schließendes Verwaltungshandeln dar. Die Vollzugsbehörde nimmt bei der Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung "Maßnahmen" im Sinne des § 25 Abs. 1 VGVO vor.

2. Verwaltungsbehörde

Nur Maßnahmen einer Verwaltungsbehörde können Verwaltungsakte sein. Für den Begriff Verwaltungsbehörde hat ebenfalls die VGVO eine Legaldefinition gegeben,¹⁾ die zur Auslegung herangezogen werden kann:

Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Verordnung ist jede mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Geltungsbereich dieser Verordnung betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung, ...

Aufgaben der öffentlichen Verwaltung sind solche materieller Verwaltung. Mit diesen Aufgaben ist in erster Linie der Staat betraut, der die Staatsgewalt der Verwaltung im funktionellen Sinne trägt. Unter staatlichen Stellen sind daher zunächst die Behörden der Staatsverwaltung als deren nicht rechtsfähige, eingerichtete Vertretungsorgane²⁾ zu verstehen. Auch Behörden juristischer Personen des öffentlichen Rechts, wie Gebietskörperschaften (Landschaftsverbände, Landkreise, Ämter und Gemeinden), Personenkörperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, soweit sie mit öffentlich-rechtlichen Verwaltungsbefugnissen beliehen sind, werden von dieser Definition erfaßt.³⁾⁴⁾

Dadurch, daß nur eine Verwaltungsbehörde einen Verwaltungsakt erlassen kann, ist der Begriff des Verwaltungsaktes abgegrenzt gegen Maßnahmen der Gesetzgebung, der Regierung, der Militärbehörden und der Rechtsprechung.

Nach § 56 Abs. 1 nwVwVG wird ein Verwaltungsakt von der Behörde

1) Zu den verschiedenen in der Lehre vertretenen Behördenbegriffen vgl. u.a. Obermayer § 11 III 1 und 2.

2) Vgl. Wolff, VerwR., S. 244.

3) Der Behördenbegriff ist hier also insofern weiter als der überlieferte Begriff, als er auch beliebene Privatunternehmer umfaßt.

4) Nicht staatliche Verwaltungsstellen sind keine originären, sondern abgeleitete Hoheitsträger.

vollzogen, die ihn erlassen hat. Vollzug ist die Erzwingung des zugrunde liegenden Verwaltungsaktes im Wege der Androhung, Festsetzung und Anwendung eines Zwangsmittels.¹⁾ Sachlich zuständig zum Erlaß der durch zu setzenden Verwaltungsakte auf dem Gebiet der Ordnungsverwaltung sind nach § 5 Abs. 1 nWOBG grundsätzlich die örtlichen Ordnungsbehörden, soweit die Aufgaben nicht ausdrücklich und auf Grund eines Gesetzes den Landes- oder Kreisordnungsbehörden zugewiesen sind, § 5 Abs. 2 nWOBG, oder soweit sie zur Zuständigkeit der Sonderordnungsbehörden gehören, § 12 nWOBG. Zwangsfestsetzung und Zwanganwendung im Bereich der Ordnungsverwaltung sind somit in der Regel Akte der örtlichen Ordnungsbehörde.

Die allgemeine Aufgabe der Ordnungsbehörde, Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird,²⁾ umfaßt ihre Tätigkeit als Vollzugsbehörde, mit der sie Ordnungsverfügungen zwangsweise durchsetzt. Der zwangsweise Vollzug von Verwaltungsakten ist eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Diese Aufgabe gehört zur Funktion der Verwaltung.

Ist die (als Vollzugsbehörde tätige) Ordnungsbehörde selbst Verwaltungsbehörde? Nicht jede mit Aufgaben öffentlicher Verwaltung betraute Stelle ist selbst Behörde. Die Ordnungsbehörde ist in den Behördenorganismus der Gemeinde-, Amts-, Landkreis- und Bezirksverwaltung eingefügt. Neben ihr stehen andere Behörden, die ebenfalls Organe der Gemeinde usw. sind. Die Ordnungsbehörde selbst ist in der Regel weiter nach fachlichen Gesichtspunkten in einzelne Ämter untergliedert.³⁾ Eine Behörde ist eine organisatorisch selbständige Einheit, der ein bestimmter Aufgabenkreis durch Rechtssatz zur Erledigung zugewiesen ist und die mit verpflichtender Wirkung für den Verwaltungsträger handelt.⁴⁾ Die

1) Vgl. Münster OVG vom 2. 12. 1958 in DVBl. 1959 S. 478 ff. (479).

2) § 1 Abs. 1 nWOBG, vgl. oben S. 2 f..

3) Z. B. (allgemeines) Ordnungs-, Bauaufsichts-, Gewerbeüberwachungs-, Gesundheitsaufsichts-, Wegeaufsichtsamt usw.

4) Vgl. Obermayer § 11 III 3; Ule, VerwProzR., S. 92.

Ordnungsbehörde einer Gemeinde, eines Amtes usw.¹⁾ bildet eine derartige organisatorische Einheit, deren Aufgabe im wesentlichen die Gefahrenabwehr ist. Die Ordnungsbehörde, nicht aber das einzelne Aufsichtsamt, ist daher die Verwaltungsbehörde im Sinne von § 25 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VGVO, die den Verwaltungsakt erläßt.²⁾ Ordnungsbehördliche Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung sind also Maßnahmen einer Verwaltungsbehörde, wenn sie von der Ordnungsbehörde ausgehen.

Zweifelhaft erscheint es, ob auch solche Maßnahmen der Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung, die auf Grund des nwVwVG nicht von der Ordnungsbehörde selbst durchgeführt werden, von einer Verwaltungsbehörde getroffen sind.

Wenn die Polizei der Ordnungsbehörde nach § 64 Abs. 2 S. 2 nwVwVG Amtshilfe oder nach § 2 S. 3 nwOBG in Verbindung mit § 17 Abs. 1 nwPOG Vollzugshilfe leistet,³⁾ handelt die Polizei als ersuchte Behörde. Nach § 40 Abs. 2 S. 1 nwPVG sind die Verfügungen der Polizei in solchen Fällen keine polizeilichen im Sinne des nwPVG. Die Polizei ist, wie § 17 Abs. 1 S. 2 nwPOG für den Fall der Vollzugshilfe hervorhebt, für die Art - gemeint ist wohl die Durchführung - der Hilfe verantwortlich. Sie hat die Weisung der Ordnungsbehörde richtig auszuführen.⁴⁾ Die Polizeibehörde handelt dann auch als eine mit Aufgaben öffentlicher Verwaltung betraute

1) Die ordnungsbehördlichen Aufgaben gelten, da sie einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung sind, nach § 28 Abs. 3 nwGO als auf den Gemeindedirektor, bei amtsangehörigen Gemeinden als auf den Amtsdirektor, § 2 Abs. 1 nwaO, übertragen. Der Gemeinde- bzw. Amtsdirektor führt auch ordnungsbehördliche Weisungsaufgaben in von der Aufsichtsbehörde bestimmten Einzelfällen durch, § 9 Abs. 3 nwOBG. Der Gemeindedirektor führt in kreisangehörigen Städten die Bezeichnung Stadtdirektor, in kreisfreien Städten die Bezeichnung Oberstadtdirektor, § 47 Abs. 3 nwGO.

2) Vgl. Wolff, VerwR., S. 244.

3) Amtshilfe ist die Hilfe, die Verwaltungsbehörden einander und den Gerichten leisten, wozu sie bereits nach Art. 35 GG verpflichtet sind. Vollzugshilfe ist die spezielle Amtshilfe, die auf dem Gebiet der tatsächlichen Vollziehung von Maßnahmen erfolgt. Bei der Vollzugshilfe übernimmt die Polizei die Vollziehung der Zwangsmaßnahmen selbst. Bei der Amtshilfe leistet sie den eigenen Vollzugskräften der Ordnungsbehörden Beistand, indem sie diesen Schutz gewährt. Vgl. Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 13 nwOBG, Anm. 3 zu § 15 BVwVG; Vogel, Anm. 6 zu § 64.

4) Vgl. Forsthoff, S. 192.

Stelle, also als Verwaltungsbehörde.

Ersatzzwangshaft kann nur durch Beschluß des Verwaltungsgerichts angeordnet werden, § 65 Abs. 1 S. 1 nwVwVG.¹⁾ Die Anordnung des Verwaltungsgerichts stellt Rechtsprechung im formellen und funktionalen Sinne dar, das Verwaltungsgericht wird also nicht verwaltend tätig und ist daher keine Verwaltungsbehörde im Sinne von § 25 Abs. 2 VGVO. Die Anordnung ist nur nach den prozeßrechtlichen Vorschriften der VwGO, nicht als Verwaltungsakt nach § 42 Abs. 1 VwGO angreifbar.

Eine durch das Verwaltungsgericht angeordnete Ersatzzwangshaft wird von der Justizverwaltung vollstreckt, § 65 Abs. 3 nwVwVG, und zwar nach den Vorschriften der §§ 904 bis 911 ZPO.²⁾ Sie ist damit den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Diese sind keine Verwaltungsbehörden. Einwendungen gegen die Vollstreckung der Ersatzzwangshaft sind daher nach den angegebenen Vorschriften der ZPO vom ordentlichen Gericht zu entscheiden.³⁾

Die Anwendung des Zwangsmittels Zwangsgeld geschieht in Fällen, in denen der Pflichtige freiwillig zahlt, dadurch, daß die Ordnungsbehörde den Geldbetrag entgegennimmt.⁴⁾ Zahlt der Pflichtige nicht freiwillig, wird das Zwangsgeld nach den Vorschriften im ersten Abschnitt des nwVwVG, §§ 1 bis 54, beigetrieben.⁵⁾ Die Beibehaltung ist nach § 2 nwVwVG Sache der Vollstreckungsbehörden. Deren Aufgaben nehmen für das Land die staatlichen Kassen, die Vollstreckungsbehörden der Finanzämter und besonders bestimmten Landesbehörden, für die Gemeinden, Ämter und Landkreise deren Kassen wahr. Es handelt sich also um Stellen, die mit Aufgaben öffentlicher Verwaltung betraut, mithin Verwaltungsbehörden sind.

Das Zwangsmittel Ersatzvornahme wird in der Weise angewendet, daß ein Dritter, der von der Vollzugsbehörde beauftragt ist, die in der Ordnungsverfügung gebotene Handlung vornimmt. Handelt hier

1) Vgl. oben S. 13 ff.

2) Vgl. oben S. 14, 19.

3) Vgl. oben S. 19, 30, 34.

4) Vgl. oben S. 19.

5) Vgl. oben S. 19, 30, 34.

eine Behörde? Der beauftragte Dritte ist keine Behörde. Er ist kraft des zwischen ihm und der Behörde bestehenden zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses deren Weisungen unterworfen. Er stellt dabei lediglich seine fachlichen Fähigkeiten in den Dienst der Behörde. Die Behörde handelt durch ihn. Sein Tätigwerden ist daher der beauftragenden Behörde zuzurechnen, die auch allein die Verantwortung für Art und Umfang der vom Dritten durchzuführenden Arbeiten trägt. Das Tun des mit der Ersatzvornahme beauftragten Dritten ist der Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen im Zivilrecht, § 278 BGB, vergleichbar. Auch bei Anwendung des Zwangsmittels der Ersatzvornahme handelt daher die Vollzugsbehörde.

3. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Eine Maßnahme kann nur dann Verwaltungsakt sein, wenn sie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, genauer, auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts,¹⁾ ergeht. Das bedeutet, daß sie auf Grund hoheitlicher Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde erlassen wird.²⁾ Hoheitlich zuständig ist eine Behörde dann, wenn sie obrigkeitlich oder schlicht hoheitlich tätig wird, nicht dagegen, wenn sich die Behörde privatrechtlicher Formen - als Fiskus - bedient.³⁾

Zwangsmaßnahmen der Ordnungsbehörden sind Akte obrigkeitlicher Tätigkeit, da die Behörde hierbei die allein einem Träger öffentlich-rechtlicher Befugnisse zukommende Gewalt ausübt. Zwangsfestsetzung und Zwanganwendung sind daher Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

-
- 1) Weil z. B. Verfassungs-, Völker- und Prozeßrecht hier nicht in Betracht kommen, vgl. Wolff, VerwR., S. 243.
 - 2) Vgl. Wolff, VerwR., S. 80 ff., 246: Subjektstheorie im Unterschied zu der noch herrschenden Subjektionstheorie, wonach es für die Unterscheidung von öffentlichem und privaten Recht darauf ankommt, ob die Beteiligten einander im Verhältnis der Über- und Unterordnung oder aber der Gleichordnung gegenüberstehen; hierzu kritisch Wolff, VerwR., S. 81.
 - 3) Vgl. Bachof, Klage, S. 35; Forsthoff, S. 181; Klinger, VwGO, Anm. E I f zu § 42; Menger, S. 85; von Turegg, Generalklausel, S. 4; Wolff, VerwR., S. 82 ff.; Bayerischer VGH vom 30. 3. 1950 in DÖV 1952 S. 313 (Nr. 93); Lüneburg OVG vom 28. 2. 1952 in DÖV 1953 S. 220; RGZ vom 2. 2. 1931 Bd. 131 S. 239 (248); RGZ vom 12. 4. 1940 Bd. 164 S. 1 (5).

4. Einzelfall

Ein Verwaltungsakt erfordert, daß die Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles getroffen wird. Ausgeschlossen sind daher alle abstrakten Regelungen, also Satzungen und Verordnungen, die eine Verwaltungsbehörde erläßt.¹⁾

Die Anwendung sowohl wie die Festsetzung eines Zwangsmittels beziehen sich jeweils auf die Regelung eines konkreten Sachverhalts und sind an bestimmte einzelne gerichtet. Sie erfüllen daher das Begriffsmerkmal "Einzelfall" des Verwaltungsaktes.

b) Insbesondere die Regelung

Die Legaldefinition in § 25 Abs. 1 VGVO setzt schließlich voraus, daß die Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird, zur R e g e l u n g eines Einzelfalles bestimmt ist. Eine Maßnahme zur Regelung ist eine einseitige auf einen Rechtserfolg gerichtete Willensäußerung die - aus dem innerdienstlichen Bereich der Verwaltung heraustretend - unmittelbare rechtliche Wirkungen für den Betroffenen hervorruft.

Ob Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung eine derartige Regelung darstellen, ist vielfach umstritten. Es handelt sich dabei um die Kernfrage des hier abgehandelten Problems.

1. Einseitigkeit

Ein Verwaltungsakt erfordert zunächst eine einseitige Regelung.²⁾
Keine Verwaltungsakte sind alle von mehreren Beteiligten zur

1) Daß ein Verwaltungsakt auch in der Regelung abstrakter Tatbestände zu sehen sei, nehmen u. a. noch an: Meyer-Dochow, I S. 29; Thoma, S. 62.

2) Einseitig sind auch die sogenannten mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte, bei denen der Adressat durch seinen Antrag die Verwaltungstätigkeit erst auslöst, z. B. Erlaubnisse, Beamtenernennungen, oder bei denen sich der Betroffene unterwirft, z. B. im Steuerstraßverfahren, vgl. Forsthoff, S. 194 ff. (195); Wolff, VerwR., S. 256 ff.

Regelung von Rechtsverhältnissen getroffenen Vereinbarungen!¹⁾ Dies sind insbesondere die verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäfte und Verträge, wie etwa Gründung von Zweckverbänden und Ausübung der sich aus derartigen Verträgen ergebenden Rechte.²⁾ Da die mehrseitigen Regelungen im Wege gegenseitigen Einvernehmens zustande gekommen sind, bedarf in aller Regel kein Vertragsteil eines der im öffentlichen Recht gegebenen Rechtsbehelfe, um die von ihm selbst mitgeschaffene Vereinbarung wieder aufzuheben.

Es erfordert keine nähere Darlegung, daß die Festsetzung und die Anwendung von Zwang keine einvernehmlichen Ordnungen, sondern einseitige Maßnahmen einer Verwaltungsbehörde sind, an deren Zustandekommen der Betroffene regelmäßig nicht mitgewirkt hat.³⁾

2. Auf Rechtserfolg gerichtete Willensäußerung

Die Verwaltungsbehörde ergreift Maßnahmen, um damit Verwaltungszwecke zu erreichen.⁴⁾ Nicht alle Maßnahmen sind Verwaltungsakte. Eine Maßnahme muß, um Verwaltungsakt zu sein, "zur Regelung" getroffen werden.⁵⁾ Damit ist zunächst ausgedrückt, daß der erstrebte Verwaltungszweck ein rechtlicher, nicht aber ein rein tatsächlicher ist. Eine Maßnahme zur Regelung erfordert daher die Äußerung eines auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Willens der Behörde, mit andern Worten also Rechtserheblichkeit.

Die rechtserhebliche Willensäußerung ist nicht bloße Äußerung im Sinne einer Kundmachung, sie greift vielmehr verändernd (oder doch wenigstens bestätigend) in die Außenwelt ein. Die Änderung muß sich dabei auf rechtliche Inhalte beziehen.⁶⁾

1) Vgl. für viele Forsthoff, S. 183. Abweichend Kormann, S. 28 ff., der einseitige und mehrseitige Verwaltungsakte unterscheidet.

2) Z.B. die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten durch Abstimmung oder von sonstigen statutenmäßig gewährten Rechten.

3) Der Betroffene kann allerdings gemäß § 21 nWOBG beantragen, ihm zu gestatten, ein anderes als das angedrohte oder festgesetzte Mittel anzuwenden. Die Behörde muß dem Antrag entsprechen, wenn das Ersatzmittel geeignet ist, die Gefahr wirksam abzuwehren.

4) Vgl. oben S. 39 f.

5) § 25 Abs. 1 S. 1 VGVO.

6) Vgl. von Turegg, Generalklausel, S. 11; Wolff, VerwR., S. 238.

Unter einer derartigen Willensäußerung ist keine Willenserklärung im Sinne des Privatrechts zu verstehen. Zwar handelt es sich bei den Regelungen um Willensakte der Verwaltung, weil diese Äußerungen "im Unterschied zu den richterlichen Urteilen (welche mit Recht als Erkenntnisse bezeichnet werden) zweckgerichtet sind und dieser intentionale Charakter mit dem Wort Wille getroffen wird."¹⁾ Die Bezeichnung als Willenserklärung wäre jedoch irreführend.²⁾ Der Verwaltungsakt schafft keine dem bürgerlichen Recht vergleichbaren Rechtsbeziehungen.

Die Träger hoheitlicher Gewalt können zwar auch als Subjekte des Privatrechts tätig werden, wenn sie sich der Privatrechtsnormen bedienen. Bei Abgabe von privatrechtlichen Willenserklärungen verwirklichen sie Tatbestände, wie es jedes Privatrechtssubjekt tut. Diese Willenserklärungen werden nicht dadurch zu Verwaltungsakten, daß sie von einem Träger hoheitlicher Gewalt abgegeben werden. Verwaltungsakte können vielmehr nur solche Willensäußerungen sein, die die Träger hoheitlicher Gewalt aussprechen, wenn sie sich der Normen des "nur ihnen eingeräumten oder auferlegten" öffentlichen "Sonderrechts bedienen."³⁾

Verwaltungsakt und bürgerlich-rechtliches Rechtsgeschäft⁴⁾ unterscheiden sich wesentlich durch ihre Verpflichtungswirkung. Mit dem Verwaltungsakt (belastender, nicht begünstigender Art) verpflichtet die Behörde den einzelnen Gewaltunterworfenen, beim Rechtsgeschäft verpflichtet sich der einzelne Erklärende selbst. "Die Fähigkeit, andere zu verpflichten, eine überlegene, zwingende Gewalt in Wirkung zu setzen, macht das Wesen des Verwaltungsaktes aus." Dagegen ist es "Ausfluß des fundamentalen, der Privatrechtsordnung zugrunde liegenden Prinzips, daß niemandem eine Verpflichtungswirkung über seine Rechtsgenossen verliehen ist."⁵⁾

1) So Forsthoff, S. 190.

2) von Turegg, Generalklausel, insbesondere S. 9 ff.; braucht den Begriff "Willenserklärung" nicht im Sinne des Privatrechts, sondern gibt ihm den Gehalt der hier sogenannten "auf einen Rechtserfolg gerichteten Willensäußerung".

3) Vgl. Wolff, VerwR., S. 82.

4) Hauptwesensmerkmal des Rechtsgeschäfts ist die Willenserklärung.

5) So Forsthoff, S. 191.

Die Regelung, die Gegenstand des belastenden Verwaltungsaktes ist, ist dadurch rechtserheblich, daß sie darauf gerichtet ist, rechtsgestaltend in die Rechtssphäre eines einzelnen einzugreifen, soweit sie nicht gesetzlich geschützt ist. Die Rechtssphäre des Betroffenen umfaßt, soweit sie für die vorliegende Untersuchung über Zwangsmittel von Bedeutung ist, vor allem die im GG garantierten Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, auf die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, sowie auf Eigentum, Art. 14 GG. Auf Grund der angeführten Freiheitsrechte kann der einzelne im Rahmen der Gesetze tun und lassen, was er will. Auf Grund der Vermögensrechte kann er mit seinem Vermögen - wieder im Rahmen der Gesetze - nach eigenem Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Rechtserheblich sind zunächst alle die Maßnahmen, die ihrem Inhalt nach die ihnen zugeordnete Rechtswirkung "expressis verbis" ausdrücken. Rechtserheblichkeit kommt aber auch solchen Maßnahmen zu, die einen auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichteten Willen nicht ausdrücklich äußern, sondern den behördlichen Willen in anderer Richtung betätigen und dabei beiläufig notwendig in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreifen, wie etwa tatsächliche Akte, die eine Rechtswirkung "ipso facto" bezwecken.¹⁾ Ob der Wille ausdrücklich oder tatsächlich auf einen Rechtserfolg zielt, ist für seine Qualifizierung als Verwaltungsakt unerheblich. In beiden Fällen dient die Maßnahme "zur Regelung" eines Einzelfalles. Damit ist auch dem rechtspolitischen Ziel der Legaldefinition des § 25 Abs. 1 S. 1 VGVO genüge getan. Maßnahmen, die in Rechte einzelner eingreifen, sollen dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz unterliegen, gleichgültig ob sie ihre rechtliche Wirkung ausdrücklich ausüben oder ob rechtliche Wirkungen die tatsächliche Art ihres Vollzuges begleiten. In beiden Fällen ist der Betroffene gleichermaßen rechtsschutzbedürftig. Nur dies entspricht auch dem Grundgedanken des Art. 19 Abs. 4 GG, Rechtsbeeinträchtigungen durch die öffentliche Gewalt schlechthin zum

1) Vgl. Bachof, Klage, S. 21 f.; Forsthoff, S. 183; Jellinek, VerwR., S. 258; Obermayer § 12 III; Wolff, VerwR., S. 239 f., 248.

Gegenstand gerichtlicher Nachprüfung machen zu können.¹⁾

Dagegen scheiden alle Maßnahmen, die keinen auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Willen der Behörde äußern, aus dem Begriff des Verwaltungsaktes aus. Das sind alle rein tatsächlichen Verwaltungshandlungen, die lediglich auf einen tatsächlichen oder wirtschaftlichen Erfolg abstellen. Hier handelt es sich um technische Maßnahmen, wie etwa Straßenbau, Wegereinigung, Müllabfuhr, Kanalisation und Enttrümmerung,²⁾ oder auch um sogenannte "Wissenserklärungen", wie z. B. Zahlungsleistungen, Mahnungen und dergleichen,³⁾ bei welchen die Behörde nur ein Tatbestandsmerkmal setzt, auf Grund dessen eine Rechtsfolge kraft Gesetzes oder kraft besonderer Vereinbarungen - übrigens auch nur auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet - eintritt.

Ist die Festsetzung eines Zwangsmittels eine rein tatsächliche oder eine rechtserhebliche Maßnahme? Die Festsetzung ist der - zunächst verwaltungsinterne - Entschluß der Vollzugsbehörde, Zwang anzuwenden. § 64 Abs. 1 nwVwVG bestimmt:

Das Zwangsmittel wird der Festsetzung gemäß angewendet. Hieraus ergibt sich, daß die Zwangsfestsetzung eine wesentliche Voraussetzung der Zwangsanwendung ist. Ohne Festsetzung darf kein Zwang angewendet werden. Die Festsetzung bestimmt Art und Umfang der Zwangsanwendung. Die Vollzugsbehörde darf kein anderes Zwangsmittel und dieses nicht anders anwenden, als sie es festgesetzt hat.⁴⁾ Dem in der Zwangsfestsetzung zum Ausdruck kommenden Entschluß, Zwang anzuwenden, kommen hiermit rechtserhebliche Wirkungen zu. Die Zwangsfestsetzung ist darauf gerichtet, der Vollzugsbehörde das Recht zu verleihen, Zwang der Festsetzung gemäß anzu-

1) Vgl. oben S. 35 f., 38.

2) Vgl. Forsthoff, S. 183; Menger, S. 110 f.; Obermayer, § 12 II; Wolff, VerwR., S. 239; Münster OVG vom 18. 12. 1957 in DÖV 1958 S. 717; Münster OVG vom 17. 4. 1950 E Bd. 2 S. 7 (8); Hess. VGH vom 27. 8. 1953 in DÖV 1954 S. 378; Gelsenkirchen LVG vom 24. 2. 1950 in DRspr. V (520) Bl. 15 a.

3) Vgl. von Turegg, VerwR., S. 112; Wolff, VerwR., S. 239 f.; Münster OVG vom 16. 10. 1951 in DÖV 1952 S. 90 (91).

4) Bei der sofortigen Anwendung nach § 55 Abs. 2 nwVwVG fällt nur eine selbständige Festsetzung weg, wie § 63 S. 2 nwVwVG richtig zu verstehen ist, vgl. oben S. 23 f.

wenden. Zugleich soll der Betroffene verpflichtet werden, diesen Zwang zu dulden und alles zu unterlassen, was den Zwangseingriff stört, also weder aktiven noch passiven Widerstand zu leisten.¹⁾ Der Zweck der Festsetzung von Zwang liegt mithin darin, die rechtlichen Voraussetzungen für einen Eingriff der Vollzugsbehörde in die grundgesetzlich geschützte Freiheits- und Vermögenssphäre des Pflichtigen zu schaffen.

Das wird besonders deutlich bei der Festsetzung von Zwangsgeld. Zwangsgeld ist eine Geldforderung öffentlich-rechtlicher Natur.²⁾ Seine Festsetzung will für den Pflichtigen eine öffentlich-rechtliche Abgabenschuld, für die Behörde das Recht zur Beitreibung des Zwangsgeldes begründen. Das Entsprechende gilt für die Zwangsmittel der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges. Ihre Festsetzung ist rechtliche Voraussetzung für ihre Anwendung und begründet eine Duldungspflicht für den Betroffenen. Damit ist die Festsetzung von Zwangsmitteln auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet und nicht tatsächlicher Natur.

Die einzelnen zur Anwendung der Zwangsmittel der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges³⁾ gehörenden Handlungen verwirklichen den in der Ordnungsverfügung enthaltenen Befehl. Die der Gefahrenabwehr dienende Ordnungsverfügung ist auf die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung eines im Tatsächlichen liegenden gefahrlosen Verhaltens von Personen oder gefahrlosen Zustandes von Sachen gerichtet. Die zwangsweise Verwirklichung dieses anbefohlenen tatsächlichen Verhaltens oder Zustandes erfordert ebenfalls tatsächliche Maßnahmen. Mit dieser tatsächlichen Zwangsanwendung wird der Betroffene gehindert, sein Verhalten nach eigenem Belieben einzurichten oder mit seinem Vermögen nach eigenem Belieben zu verfahren. Sie ist daher immer zugleich auch ein Eingriff in die rechtlich geschützte Freiheits- und Vermögenssphäre des

1) Vgl. § 64 Abs. 2 S. 1 nwVwVG: "Leistet der Pflichtige Widerstand, so kann dieser mit Gewalt gebrochen werden."

2) Vgl. Münster OVG vom 2. 12. 1958 in DVBl. 1959 S. 478 ff. (480).

3) Die Beitreibung von Zwangsgeld folgt den besonderen Bestimmungen im 1. Abschnitt des nwVwVG, die Vollstreckung der Ersatzzwangshaft obliegt der Justizverwaltung, § 65 Abs. 3 nwVwVG, vgl. oben S. 18 f., 30.

Betroffenen oder in beide gleichzeitig. Die Vollzugsbehörde äußert also mit der (tatsächlichen) Anwendung von Zwang zwar nicht ausdrücklich, jedoch ipso facto einen rechtlichen Erfolgswillen. Die Zwangsanwendung ist rechtserheblich.¹⁾

3. Außenwirkung

Zu den Maßnahmen der Behörde, die auf einen rechtlichen Erfolg, und zwar auf einen Verwaltungszweck, gerichtet sind, gehören sowohl Akte der Willensbildung, das sind interne oder innerdienstliche Maßnahmen, als auch solche, die aus dem Bereich der Behörde heraustreten und sich gegen eine Person richten.

Akte der Willensbildung bereiten regelmäßig Maßnahmen mit Außenwirkung vor, haben aber selbst noch keine Wirkung nach außen auf einen Gewaltunterworfenen.²⁾ Hierzu gehören alle Anordnungen, die ein vorgesetztes Organ an nachgeordnete Stellen richtet, um deren Verhalten zu bestimmen,³⁾ organisatorische Maßnahmen sowie Verfügungen einer Behörde für den inneren Dienstbetrieb oder zu den Akten, soweit sie nur verfahrensleitender Natur sind, und schließlich Berichte, Wiedervorlageverfügungen und Aktenvermerke.⁴⁾ Von solchen innerdienstlichen Akten kann eine außenstehende Person regelmäßig nicht unmittelbar betroffen werden. Gegen sie bedarf daher niemand des Rechtsschutzes.⁵⁾ Maßnahmen, die die innerdienstliche Sphäre nicht überschreiten und daher die Rechte eines Außenstehenden nicht unmittelbar betreffen, sind keine Verwal-

-
- 1) A. A. von Rosen-von Hoewel, Erl. II 2 b zu § 18 BVwVG, der die Anwendung eines Zwangsmittels ohne nähere Begründung lediglich für die tatsächliche Durchführung der Androhung hält.
 - 2) Vgl. Bachof, Verwaltungsakt, S. 298; Menger, S. 112; von Turegg, Generalklausel, S. 27.
 - 3) Vgl. Wolff, VerwR., S. 241, 251; Münster OVG vom 15. 1. 1951 E Bd. 4 S. 68 (69).
 - 4) Vgl. Klinger, VGVO, Anm. B 4 zu § 25; Obermayer § 12 III 2; Münster OVG vom 31. 10. 1949 E Bd. 2 S. 2 (5).
 - 5) von Turegg, Generalklausel, S. 27, weist darauf hin, daß man "jede Verwaltungsarbeit im Keim ersticken" würde, wollte man auch sie als Verwaltungsakte auffassen.

tungsakte.¹⁾ Schwierigkeiten können sich lediglich bei der Abgrenzung externer und interner Akte im Tatsächlichen ergeben.

Verwaltungsmaßnahmen richten sich gegen eine Person und haben somit Außenwirkung, wenn sie unter Wahrung oder Verletzung des objektiven Rechts die Rechte einer Person berühren. Solche Maßnahmen begünstigen den Betroffenen rechtlich oder erlegen ihm Verpflichtungen auf. Die Behörde legt sich mit ihnen fest und tritt aus dem Bereich ihrer potentiellen Möglichkeiten hinaus in den Bereich des Verbindlichen.

Zu Unrecht unterscheidet daher Bachof²⁾ zwischen dem Verwaltungsakt im Sinne des süddeutschen VGG und dem Verwaltungsakt nach der Legaldefinition in § 25 VGVO. Er beschränkt den ersteren auf eine obrigkeitliche, rechtserhebliche, zur Regelung eines Einzelfalles ergehende Tätigkeit. Dagegen soll dem Verwaltungsakt der VGVO das "obrigkeitliche Moment der Verbindlichkeit" fehlen, "es sei denn, daß man diese Verbindlichkeit als Wesensmerkmal einer Verfügung, Anordnung oder Entscheidung"⁴⁾ ansehe. Die Verbindlichkeit ergibt sich jedoch aus dem Merkmal "Regelung".³⁾ Unverbindliche Handlungen wirken sich nicht rechtlich auf eine Person aus, regeln für sie nichts. Auch der Verwaltungsakt im Sinne von § 25 Abs. 1 VGVO bedarf daher der Verbindlichkeit nach außen, der rechtlichen Außenwirkung.

Verwaltungsakte können also nur solche Handlungen der Behörde sein, die einen einzelnen direkt betreffen, die für ihn verbindlich sind.

Ist die Festsetzung eines Zwangsmittels für den Betroffenen von rechtlicher Wirkung, oder handelt es sich lediglich um eine

1) Herrschende Meinung. Vgl. u. a. Obermayer in DÖV 1958 S. 629 (630) (Anm. zu BGH aaO. S. 629); BVerwG vom 29. 6. 1954 E Bd. 1 S. 169 f.; Münster OVG vom 31. 10. 1949 E Bd. 2 S. 2 (3); vom 15. 1. 1951 E Bd. 4 S. 68 (69); vom 26. 10. 1954 E Bd. 9 S. 140 (141 f.); a. A. anscheinend BGH vom 10. 3. 1958 in DÖV 1958 S. 629.

2) Klage, S. 21.

3) Vgl. Menger, S. 101; Simon, S. 356.

4) Klage S. 35.

interne Maßnahme der Behörde? In der amtlichen Begründung zum BVwVG¹⁾ heißt es:

Die Festsetzung eines Zwangsmittels und der Vollzug selbst können nicht als Verwaltungsakte angesehen werden, so daß es sich erübrigt, hier Rechtsmittel vorzusehen. Fehler, die insoweit vorkommen können, müssen im Dienstaufsichtswege berichtigt werden.

Unter Berufung hierauf verneint auch von Rosen-von Hoewel²⁾ die Anfechtbarkeit der Festsetzung. Zur Begründung führt er aus, es handele sich um einen innerdienstlichen Vorgang, der dem Pflichten nicht bekannt gegeben zu werden brauche.³⁾

Wie oben⁴⁾ ausgeführt, ist die Festsetzung als der Entschluß der Vollzugsbehörde, Zwang anzuwenden, rechtserheblich, da er auf die Berechtigung der Behörde zur Zwangsanwendung gerichtet ist. Damit allein ist noch nicht notwendig eine Außenwirkung für den Pflichten verbunden. Es wäre denkbar, daß das Recht der Vollzugsbehörde und die entsprechende Verpflichtung des Pflichtigen erst mit der Realisierung des Zwanges, also mit der Anwendung des Zwangsmittels entstünden. Daß der Zwangsfestsetzung selbst schon eine Außenwirkung zukommt, ergibt sich jedoch - wenn auch mittelbar - aus dem Gesetz. § 63 S. 1 nwVwVG bestimmt:

Wird die Verpflichtung innerhalb der Frist, die in der Androhung bestimmt ist, nicht erfüllt, so setzt die Vollzugsbehörde das Zwangsmittel fest.

§ 63 S. 2 nwVwVG macht die Festsetzung bei der sofortigen Anwendung nicht entbehrlich, da nur die ausdrückliche, selbständige Festsetzung entfällt.⁵⁾ Der augenblickliche Ungehorsam ist hier Voraussetzung für die sofortige Festsetzung. Im Regelfall soll der Pflichtige innerhalb der ihm in der Androhung gesetzten Frist von einer Zwangsfestsetzung verschont bleiben.

Allerdings scheint das Gesetz in § 63 S. 1 nwVwVG nur die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung treffen zu wollen. Bei Duldungen oder Unterlassungen bedarf es im allgemeinen keiner

1) Bundestagsdrucksache Nr. 3981 vom 29. 12. 1952.

2) Erl. II 2 zu § 18 BVwVG.

3) Ebenso Hess. VGH vom 25. 5. 1951 in Verw. Rspr. Bd. 4 S. 116 f. = NJW 1951 S. 776.

4) Vgl. oben S. 5c f.

5) Vgl. oben S. 23 f.

Frist, innerhalb derer der Pflichtige seiner Verpflichtung nachkommt. In solchen Fällen kann das Zwangsmittel festgesetzt werden, sobald der Pflichtige dem Gebot zuwiderhandelt.¹⁾ Der dem Betroffenen gewährte Schutz besteht hier darin, daß Zwang nicht gleich nach der Androhung, sondern erst bei einem Zuwiderhandeln festgesetzt werden darf.

Die Vollzugsbehörde darf also erst nach Eintritt besonderer Voraussetzungen Zwang festsetzen. Die Gewährung dieses besonderen Schutzes bei der Festsetzung zeigt den rechtlichen Charakter der Festsetzung. Der Betroffene bedarf eines solchen Schutzes nämlich nur dann, wenn bereits die Festsetzung in seine Freiheits- und Rechtssphäre eingreift. Wäre die Festsetzung für den Pflichtigen rechtlich bedeutungslos, genügte es, wenn im Zeitpunkt der Zwangs-anwendung die in der Androhung bestimmte Frist abgelaufen bzw. der zu einem Unterlassen oder Dulden Verpflichtete ungehorsam geworden wäre. Der mit der Festsetzung verbundene Eingriff, der die Gewährung besonderen Schutzes vor der Festsetzung rechtfertigt, besteht darin, daß die Festsetzung das Recht der Vollzugsbehörde begründet, nunmehr das angedrohte Zwangsmittel anzuwenden, und daß sie den Betroffenen verpflichtet, die Anwendung des Zwanges zu dulden und Widerstand gegen die Zwangsmaßnahmen zu unterlassen. Damit ist die Festsetzung eines Zwangsmittels keine bloß interne Maßnahme der Behörde, sondern rechtswirksam für den Pflichtigen.

Enthält die Anwendung eines Zwangsmittels Rechtswirkungen für den Betroffenen oder ist sie lediglich ein Verwaltungsinternum? Mit der Zwangs-anwendung realisiert, vollzieht die Vollzugsbehörde das Zwangsmittel, das sie festgesetzt hat, gegen den Pflichtigen. Sie greift dabei in den Rechtskreis des Pflichtigen ein, indem sie seine Rechtslage verändert, sei es, daß seine persönliche Freiheit zwangsweise eingeschränkt wird, sei es, daß ihm die Verfügungsmacht über einen Gegenstand ganz oder teilweise entzogen wird. Die Zwangs-anwendung ist daher keine interne, sondern eine

1) Vgl. Drews-Wacke, PolR., S. 362; Rietdorf OBG, Anm. 3 zu § 13. BVwVG; Vogel, Anm. 2 zu § 63 nwVwVG; prOVG vom 1. 11. 1934 E Bd. 95 S. 111 (115 f.).

mit Außenwirkung ausgestattete Maßnahme der Vollzugsbehörde.

4. Unmittelbare rechtliche Wirkung

Eine Maßnahme muß, wenn sie ein Verwaltungsakt sein soll, "zur Regelung" getroffen sein. Dazu gehört, wie bisher ausgeführt, daß sie einseitig ist, daß sie eine auf einen Rechtserfolg gerichtete Willensäußerung enthält und daß der erstrebte Rechtserfolg in einem Eingriff in die Rechtssphäre eines einzelnen besteht. Die Maßnahme kann diese Rechtswirkung mittelbar oder unmittelbar auslösen. Bei bloß mittelbarer Begründung leitet sie ihre verbindliche Wirkung von einem anderen Akt ab. Sie führt lediglich den früheren Akt aus. Infolge ihrer Unselbständigkeit¹⁾ "regelt" sie nicht selbst, sondern macht sich nur eine bereits getroffene Regelung zunutze. Es ist nicht erforderlich, daß auch gegen solche nur mittelbar regelnden Akte Rechtsschutz gewährt wird. Verwaltungsakt soll nur eine Maßnahme sein, die wegen ihres Eingriffs in den Rechtsbereich einer Person ein hinreichendes Bedürfnis nach Rechtsschutz auslöst. Bei Maßnahmen, die ihre Verbindlichkeit von einem anderen Akt herleiten, ist dem Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen genüge getan, wenn dieser den anderen, früheren Akt anfechten kann. Unselbständig regelnde Maßnahmen erfüllen somit nicht die zum Begriff des Verwaltungsaktes gehörende Voraussetzung, Maßnahme "zur Regelung" zu sein. Sie scheiden daher aus der Kunstschöpfung des Begriffes Verwaltungsakt aus.^{2) 3)} Ein Verwaltungsakt liegt nur vor, wenn die erstrebte, für den Betroffenen verbindliche Wirkung unmittelbar von der Maßnahme selbst

- 1) BVerwG vom 26. 3. 1955 IV Bd. 2 S. 40 (41) unterscheidet zwischen Unmittelbarkeit und Unselbständigkeit und hält Unselbständigkeit für die sachliche Abhängigkeit eines Aktes von einem anderen. Vgl. auch Forsthoff, S. 192; von Turegg, Generalklausel, S. 24 f.; Wolff, VerwR., S. 254. In der vorliegenden Abhandlung sind die Bezeichnungen "Akt mit unmittelbarer Wirkung" und "Selbständiger Akt" gleichbedeutend gebraucht.
- 2) Diesen unselbständigen Maßnahmen kommt immerhin Verbindlichkeit zu, wenn diese auch von anderen Akten abgeleitet ist.
- 3) Vgl. auch Wolff, VerwR., S. 248 (§ 46 V 6); a.A. von Turegg, Generalklausel, S. 24 f., der ohne nähere Begründung Selbständigkeit nicht für erforderlich hält und daher Zwangsmaßnahmen ohne weiteres als Verwaltungsakte auffaßt.

ausgeht, wenn diese also selbständig ist.¹⁾ Das bedeutet, daß dem Akt eine eigene originäre Rechtswirkung zukommen muß.²⁾

Menger hält die Vollziehungsakte schlechthin für Verwaltungsakte, weil sie der Regelung eines Einzelfalles dienen.³⁾ Er bezeichnet alle vor oder nach Erlaß eines "materiellen" Verwaltungsaktes ergehenden Maßnahmen "der am Verwaltungsverfahren beteiligten (erlassenden, Einspruchs-, Beschwerde- oder Widerspruchs-) Instanzen", die der Regelung dienen, als "formelle Verwaltungsakte". Der Regelung dienen nach seiner Auffassung alle Akte des "Dramas, welche zur Regelung des konkreten Sachverhalts" abrollen.⁴⁾ Menger versteht darunter solche Verwaltungshandlungen, die "die materiell-rechtliche Anordnung erzeugen und bis zu ihrem endgültigen Ende weiterentwickeln, durch die also der materielle Akt inhaltlich seine endgültige Form gewinnt, sowie auch die Vollziehungsakte, die den materiellen Akt in die Wirklichkeit umsetzen."⁵⁾ Menger berücksichtigt jedoch nicht, daß die "formellen Verwaltungsakte" der Regelung des konkreten Falles nicht notwendigerweise selbständig dienen. Sinn und Zweck der Generalklausel, die den Begriff des Verwaltungsaktes weitgehend bestimmen, lassen eine Ausweitung des Begriffes auf unselbständig rechtswirksame Maßnahmen nicht zu. Kriterium des Verwaltungsaktes darf nicht eine bloße Förderung einer Regelung sein. Es besteht kein Bedürfnis, alle einer Regelung dienenden Akte dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu unterwerfen. Greift der Betroffene eine Maßnahme an, die unmittelbare rechtliche Wirkungen für ihn äußert, so hängt die Rechtswirksamkeit aller hiervon abgeleiteten Akte von der Rechtsbeständigkeit dieser angefochtenen Maßnahme ab. Es reicht

1) Vgl. auch Forsthoff, S. 182; Klinger, VGVO, Anm. B 4 zu § 25 VGVO; Obermayer, § 12 III 1; Wolff, VerwR., S. 249; Hamburg OVG vom 12. 1. 1956 in DVBl. 1956 S. 417 (418); Münster LVG vom 21. 1. 1955 in DRspr. V (520) Bl. 35 b.

2) So Obermayer, § 12 III 2.

3) S. 105 ff.; vgl. auch Scholtissek, S. 134.

4) S. 106; vgl. auch Wolff, VerwR., S. 256.

5) Menger aaO. In ähnlicher Weise unterscheiden ältere Entscheidungen des proVG zwischen der polizeilichen "Anordnung" oder "Auflage" einerseits und ihrer "Handhabung" oder "zwangsweisen Durchführung" andererseits, wobei erstere anfechtbar, letztere nicht anfechtbar waren. Vgl. von Turegg, Generalklausel, S. 24 proVG vom 12. 3. 1914 E Bd. 66 S. 341 (346 f.).

daher aus, alle die Maßnahmen als Verwaltungsakte zu kennzeichnen, die selbst unmittelbar entweder ihrem Hauptinhalt nach oder doch beiläufig notwendig rechtswirksam sind, die also selbständig in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreifen.¹⁾ Bei einer Grenzziehung, die es auf die Selbständigkeit der Maßnahme, auf die Unmittelbarkeit ihres Eingriffs abstellt, ist das Interesse des einzelnen, jede Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre durch die öffentliche Gewalt gerichtlich nachprüfen zu lassen, gewahrt. Die Ansicht Mengers führt dazu, auch nur unselbständig der Regelung eines Einzelfalles dienende Maßnahmen zu den formellen Verwaltungsakten zu zählen. Ihr ist nicht beizutreten.

Damit scheiden alle die Maßnahmen aus dem Begriff des Verwaltungsaktes aus, die einen Eingriff der Behörde in die Rechtssphäre des einzelnen bloß vollziehen oder wiederholen oder eine gegebene rechtliche oder tatsächliche Lage bloß unverbindlich bestätigen oder sie bloß bezeugen. Das gilt aber nur soweit, als diese Maßnahmen nicht zugleich in anderer Hinsicht eine selbständige Regelung enthalten.

aa) Festsetzung

Stellt die Festsetzung eines Zwangsmittels einen selbständigen Eingriff in die bestehende Rechtssphäre des Betroffenen dar?

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob die Zwangsfestsetzung nicht lediglich eine eventuell in der Androhung bereits enthaltene Regelung wiederholt und daher der Selbständigkeit entbehrt. Der Hess. VGH²⁾ lehnt in seiner Entscheidung vom 25. 5. 1951 die Anfechtbarkeit der Festsetzung mit der Begründung ab, sie sei nichts anderes als die "von der Rechtsordnung als selbstverständlich gewollte Folge" der Androhung. Von Rosen-von Hoewel³⁾ hält

1) Die Unterscheidung in materielle und formelle Verwaltungsakte halten ebenfalls für unzweckmäßig: Obermayer, § 13; von Turegg Generalklausel, S. 22 Fußnote 9, S. 23, S. 25 Fußnote 19; derselbe in NJW 1955 S. 136.

2) NJW 1951 S. 776 = VerwRspr. Bd. 4 S. 116 ff.; vgl. jetzt aber Hess. VGH vom 10. 10. 1959 in DVBl. 1960 S. 37 ff.

3) Erl. II 2 b zu § 18 BVwVG; vgl. auch Berlin OVG in Entscheidungen zum Grundstücks- und Baurecht 1956 Nr. 99.

die Zwangsfestsetzung ebenfalls nicht für einen Verwaltungsakt, da Art und Ausmaß des Eingriffs in den Rechtsbereich des Pflichten bereits durch die Androhung abschließend festgelegt seien.

Die Androhung von Zwang ist kraft gesetzlicher Vorschrift im Verwaltungsgerichtsweg anfechtbar, § 67 Abs. 1 nVwVG. Das geltende Gesetz schließt sich hiermit an die Regelung in § 57 Abs. 2 und 3 prPVG¹⁾ an. Es liegt der Schluß nahe, daß die Androhung somit ein Verwaltungsakt ist.²⁾ Worin liegt der rechtserhebliche, nach außen wirksame und selbständig regelnde Gehalt der Zwangsandrohung? Der verschiedentlich vertretenen Ansicht, die Androhung enthalte einen bedingten Duldungsbefehl an den Betroffenen, die Zwangsmaßnahmen über sich ergehen zu lassen,³⁾ ist nicht beizupflichten. Die Androhung leitet das Zwangsverfahren ein, indem sie das anzuwendende Zwangsmittel konkretisiert, ohne aber schon den Betroffenen zur Duldung der gegen ihn ergehenden Maßnahmen zu verpflichten. Das ergibt sich aus dem Sinn der §§ 63 und 64 nVwVG, wo bestimmt ist, daß das Zwangsmittel der - besonders ergehenden - Festsetzung gemäß angewendet wird. Der Zwang darf nicht schon auf Grund der Androhung angewendet werden. Aus der Einschaltung der Festsetzung zwischen Androhung und Anwendung von Zwang ergibt sich, daß noch nicht die Androhung genügt, um die Anwendung des Zwanges dem Betroffenen gegenüber zu rechtfertigen. Der Festsetzung kommt im Zwangsverfahren eine Funktion zu, die sich nicht in ihrer Bedeutung als Entschluß der Vollzugsbehörde, Zwang anzuwenden, erschöpft. Ebenso wenig ist anzunehmen, daß die Festsetzung bloß noch einmal wiederholen will, was die Androhung etwa schon verbindlich geregelt hätte. Dem Umstand, daß die Festsetzung ge-

-
- 1) Hier war die Androhung nicht schlechthin, sondern nur so lange anfechtbar, wie die zugrunde liegende polizeiliche Verfügung noch nicht unanfechtbar geworden war.
 - 2) Dieser Schluß ist nicht zwingend: Zwar ist jeder Verwaltungsakt (unter den weiteren Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO) anfechtbar. Das bedeutet nicht, daß auch jede anfechtbare Maßnahme ein Verwaltungsakt ist; a. A. Menger, S. 106. Dem Gesetzgeber ist es überlassen, Maßnahmen über den Rahmen der Generalklausel hinaus, also auch Nicht-Verwaltungsakte, der Anfechtungsklage zu unterwerfen. Die Generalklausel wirkt nicht ausschließlich.
 - 3) Jellinek, VerwR., S. 331 f.; Zschacke, S. 13; Hess. VGH vom 25. 5. 1951 in NJW 1951 S. 776 = VerwRspr. Bd. 4 S. 116 f.

setzlich besonders vorgeschrieben ist, ist zu entnehmen, daß sie es ist, die selbständig die Rechte und Pflichten schafft, die die Androhung konkret angekündigt hat. Das Recht der Vollzugsbehörde, Zwang anzuwenden, und die Pflicht des Betroffenen, Zwang zu dulden, werden erst durch die Zwangsfestsetzung, noch nicht durch die Zwangsandrohung verbindlich festgestellt.

Dagegen liegt der rechtserhebliche und nach außen wirksame Inhalt der Androhung auf einem anderen Gebiet. Die Vollzugsbehörde greift mit der Androhung dadurch in die Rechtssphäre des Pflichtigen ein, daß sie berechtigt wird, die in der Androhung konkret angekündigten Zwangsmittel festzusetzen, sofern der Betroffene nicht innerhalb der gesetzten Frist dem in der Ordnungsverfügung enthaltenen Gebot oder Verbot nachkommt. Nur darin kann der rechtserhebliche Gehalt der Androhung, der sie zum Verwaltungsakt macht, erblickt werden. Diesen Gesichtspunkt dürfte Müller-Heidelberg¹⁾ übersehen, wenn er die selbständige (nicht mit der Verfügung verbundene) Androhung nicht für einen Verwaltungsakt hält. Es trifft nicht zu, daß allein ihre enge Verbindung mit der Verfügung die unselbständige Androhung zum Verwaltungsakt macht.

Daraus ergibt sich, daß die Festsetzung des Zwangsmittels unmittelbar Rechtswirkungen äußert, die noch nicht von der Zwangsandrohung ausgehen. Nicht die Androhung, sondern die Festsetzung von Zwang verleiht der Vollzugsbehörde das Recht, Zwang anzuwenden, und gebietet dem Betroffenen, die mit dem Zwangseingriff verbundenen Beeinträchtigungen seines Rechtsbereichs zu dulden.²⁾ Die Zwangsfestsetzung verwirklicht oder wiederholt entgegen der Auffassung Mengers³⁾ somit nicht etwa eine bereits zuvor durch die Androhung getroffene Regelung. Sie stellt vielmehr einen selbständigen rechtlichen Eingriff in den Rechtskreis des einzelnen dar.

Damit erfüllt die Festsetzung auch die letzte Voraussetzung, die für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes erforderlich ist. Die Festsetzung eines Zwangsmittels zur Durchsetzung einer Ordnungs-

1) Erl. 2 zu § 37 nds SOG.

2) So auch Scholtissek, S. 133 f.

3) S. 106.

verfügung gemäß § 63 S. 1 nwVwVG ist ein Verwaltungsakt im Sinne von § 42 Abs. 1 und § 79 Abs. 1 Ziffer 1 VwGO. Sie ist daher mit der Anfechtungsklage angreifbar.^{1) 2)}

bb) Anwendung

Ist die Anwendung des festgesetzten Zwangsmittels eine selbständig oder eine unselbständig rechtserhebliche und nach außen wirksame Maßnahme?

Das Schrifttum vertritt überwiegend und meist ohne nähere Begründung die Meinung, die Anwendung von Zwang enthalte eine selbständige Regelung und stelle daher ohne Einschränkungen einen Verwal-

1) Im Ergebnis übereinstimmend:

Bachof, Klage, S. 24, 37; Drews, Entwurf, S. 4, der bereits die Anfechtbarkeit polizeilicher Zwangsmaßnahmen nach dem prPVG de lege legata empfahl; Drews-Wacke, PolR., S. 377 f.; Eyermann-Fröhler, VGG, S. 262; Fecker, S. 198; Forsthoff, S. 193; Haueisen, S. 1459 f.; Jellinek, VerwR., S. 332, der die Regelung in §§ 162 und 186 Abs. 4 der thüringischen Landesverwaltungsordnung für richtig hält, nach der - abweichend vom prPVG - im Vollstreckungsstadium ganz allgemein die gleichen Rechtsmittel wie gegen Verwaltungsakte überhaupt zulässig sind; Menger, S. 106 f., vgl. oben S. 57 f.; Neumann, S. 305; Pioch, S. 33 Nr. 60 Fußnote 5; Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 14 BVwVG; Scholtissek, S. 133 f., vgl. oben S. 57 Fußnote 3; von Turegg, Generalklausel, S. 25; derselbe, VerwR., S. 194; Ule, VerwProzR., S. 98; Vogel, Anm. 1 zu § 63 nwVwVG; Wolff, VerwR., frühere 3. Auflage S. 235; Zschacke, S. 13;

BVerwG vom 8. 5. 1958 R Bd. 6 S. 321 ff., vom 25. 6. 1956 und vom 24. 11. 1955, letztere zitiert nach Neumann, S. 305; Koblenz OVG E Bd. 4 S. 392; Hamburg OVG vom 3. 7. 1952 in MDR 1952 S. 697 f.; Münster OVG vom 2. 12. 1958 in DVBl. 1959 S. 478 (479 ff), vom 9. 10. 1953 in DVBl. 1954 S. 341 f. und vom 9. 1. 1952 E Bd. 5 S. 176 ff.;

ferner ausdrücklich der Gesetzgeber: § 37 nds SOG.

2) Gegen die Qualifizierung der Zwangsfestsetzung als Verwaltungsakt sprechen sich aus:

von Rosen-von Hoewel, Erl. II 2 a und b zu § 18 BVwVG, vgl. oben S. 58 f.; amtliche Begründung zum BVwVG, vgl. oben S. 54; Berlin OVG vom 11. 5. 1956 in Entscheidungen zum Grundstücks- und Baurecht 1956 Nr. 99; Hess. VGH vom 25. 5. 1951 in NJW 1951 S. 776 = VerwRspr. Bd. 4 S. 116 ff., vgl. oben S. 58 f.

tungsakt dar.¹⁾ Wie oben ausgeführt, lehnt von Rosen-von Hoewel es ab, die Zwangsanwendung als Verwaltungsakt anzusehen.²⁾ In der Rechtsprechung haben sich, soweit ersichtlich, das BVerwG, das OVG Münster und der VGH Kassel für eine Anfechtbarkeit der Anwendung von Zwang ausgesprochen.³⁾ Der VGH Kassel lehnte noch in seiner Entscheidung vom 25. 5. 1951⁴⁾ eine Anfechtbarkeit ab, weil dem Zwangsakt eine selbständig rechtserhebliche Wirkung fehle.

In dem üblichen Fall, in dem Ordnungsverfügung, Androhung und Festsetzung rechtmäßig waren und die Anwendung der Festsetzung gemäß erfolgt, ist nicht zu ersehen, welche neuen rechtserheblichen Wirkungen die Anwendung des Zwangsmittels haben sollte. Die Zwangsanwendung erschöpft sich in diesem Regelfall darin, die mit der Festsetzung begründeten Rechte der Vollzugsbehörde zu vollziehen und den Pflichtigen seinen in der Festsetzung bestimmten Pflichten entsprechend in Anspruch zu nehmen. Wenn die Behörde Zwang in Übereinstimmung mit den in den vorausgehenden Maßnahmen getroffenen Regelungen anwendet, trifft sie keine selbständige Regelung. Die Anfechtbarkeit der Festsetzung genügt hier für den Schutz der Rechte des Betroffenen.

1) Soweit die Auffassungen der nachfolgend aufgeführten Autoren nicht in den früheren Ausführungen behandelt sind, halten diese Autoren die Zwangsanwendung ohne nähere Begründung und ohne Einschränkungen für einen Verwaltungsakt, der verwaltungsgerichtlich anfechtbar ist:

Bachof, Klage, S. 24, 37; Drews, Entwurf, S. 4, als Empfehlung für Gesetzgeber; Drews-Wacke, PolR., S. 378 f.; Eyermann-Fröhler, VGG, S. 262; Fecker, S. 198; Forsthoff, S. 193; Hauseisen, S. 1459 f.; Jellinek, VerwR., S. 332, als Empfehlung für Gesetzgeber; Menger, S. 106 f., vgl. oben S. 57; Pioch, S. 33 Nr. 60 Fußnote 5; Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 15 BVwVG; von Turegg, Generalklausel, S. 25; derselbe, VerwR., S. 194; Ule, VerwProzR., S. 98; Vogel, Anm. 1 zu § 64 nwVwVG, vgl. oben S. 32; Wolff, VerwR., frühere 3. Auflage S. 235; Zschacke, S. 13.

2) Von Rosen-von Hoewel, Erl. II 2 b zu § 18 BVwVG, vgl. die Ausführungen oben S. 52 Fußnote 1 und S. 84 f.

3) BVerwG vom 8. 5. 1958 R Bd. 6 S. 321 ff.; Münster OVG vom 2. 12. 1958 in DVBl. 1959 S. 478 (479 ff.), vom 7. 8. 1957 E Bd. 12 S. 304 ff., vom 9. 10. 1953 in DVBl. 1954 S. 341 f. und vom 9. 1. 1952 E Bd. 5 S. 176 ff.; Kassel VGH vom 10. 10. 1959 in DVBl. 1960 S. 37.

4) NJW 1951 S. 776 = VerwRspr. Bd. 4 S. 116 ff., vgl. oben S. 58.

Es ist jedoch möglich, daß die Behörde Zwang in einer Art und Weise anwendet, die nicht mit den Regelungen übereinstimmt, die die voraufgehenden Maßnahmen getroffen haben. Das Gesetz macht die Zwangsanwendung in zweifacher Hinsicht von voraufgehenden Akten abhängig: Die Anwendung eines Zwangsmittels ist dazu bestimmt, einen Verwaltungsakt, im Ordnungsrecht also eine Ordnungsverfügung, durchzusetzen, § 55 Abs. 1 nwVwVG. Außerdem ist sie der Festsetzung gemäß vorzunehmen, § 64 Abs. 1 nwVwVG.¹⁾ Die Zwangsanwendung kann nur dann selbständig Rechtswirkungen haben, wenn die Beziehungen zur Ordnungsverfügung oder zur Festsetzung gestört sind. Wann dies der Fall ist, ist im einzelnen zu untersuchen.

Die Beziehungen können dadurch gestört sein, daß Ordnungsverfügung oder Zwangsfestsetzung Mängel aufweisen, oder daß die Anwendung nicht der Festsetzung des Zwangsmittels gemäß erfolgt.

Können sich Mängel der voraufgehenden Akte Ordnungsverfügung und Zwangsfestsetzung in einer Weise auf die Zwangsanwendung auswirken, daß diese dadurch einen selbständig rechtserheblichen Charakter erhält?

Als Mangel der Zwangsfestsetzung kommt zunächst in Betracht, daß eine solche überhaupt unterblieben ist.²⁾ Zwar erfordert jede Willensbetätigung immer einen Entschluß. Der Entschluß, Zwang anzuwenden, macht das Wesen der Festsetzung aus.³⁾ Die Zwangsanwendung geht daher auch dann, wenn eine Festsetzung unterblieben ist, auf einen Entschluß der Vollzugsbehörde zurück, Zwang anzuwenden. Das Unterbleiben der Festsetzung ist daher, genauer betrachtet, nichts anderes als ein förmlicher Mangel, der darin besteht, daß die Behörde ihren Entschluß dem Betroffenen vor der Anwendung des Zwanges nicht bekannt gemacht hat. Mangelnde Bekanntgabe ist nicht

1) Das Verhältnis der Anwendung zur Androhung von Zwang ist nicht ausdrücklich geregelt. Es hat für die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Zwangsanwendung auch keine unmittelbare Bedeutung, da zwischen Androhung und Anwendung die Festsetzung des Zwangsmittels eingeschaltet ist.

2) Hierher gehört nicht der Fall der sofortigen Anwendung im Sinne von § 55 Abs. 2 nwVwVG, in dem eine vorausgehende Festsetzung nach der gesetzlichen Ausnahmeregelung in § 63 S. 2 nwVwVG entfällt.

3) Vgl. oben S. 18.

etwa anfechtbare Fehlerhaftigkeit. Der Betroffene, der von einem gegen ihn ergangenen Verwaltungsakt nichts weiß, kann ihn nicht anfechten. Sie ist auch nicht Nichtigkeit. Ein nichtiger Verwaltungsakt hat eine Schein-Existenz. Ohne Bekanntgabe ist der Verwaltungsakt jedoch "(noch) nicht ins Leben getreten, er ist Entwurf geblieben."¹⁾ ²⁾ Ein Verwaltungsakt bedarf also zu seiner Wirksamkeit der Bekanntgabe an denjenigen, an den er gerichtet ist.³⁾ ⁴⁾ Damit ist bei fehlender Bekanntgabe die durch die Festsetzung ergehende Regelung noch nicht getroffen. Dem Entschluß, Zwang anzuwenden, fehlt noch die Qualität eines Verwaltungsaktes.⁵⁾ Eine Festsetzung ist noch nicht erfolgt.

Zur Bekanntgabe gehört wesentlich der Wille der Behörde, den Pflichtigen zu unterrichten.⁶⁾ In dem Beginn oder dem weiteren Verlauf der Zwangsanwendung ist daher keine Bekanntgabe des Entschlusses der Vollzugsbehörde an den Pflichtigen, Zwang anzuwenden, zu sehen, und zwar auch dann nicht, wenn der Pflichtige die Zwangsanwendung wahrnimmt, weil er anwesend ist. Es fehlt der

1) So Baring, Zustellungsmängel, S. 42.

2) Vgl. auch Klinger, VwGO, Anm. F II e zu § 42, Nebinger, S. 221, und Wolff, VerwR., S. 271, die ebenfalls annehmen, daß bei mangelnder Bekanntgabe kein Verwaltungsakt vorliegt. Nach anderer Ansicht ist ein nicht bekannt gegebener Verwaltungsakt nichtig, Vgl. Jellinek, VerwR., S. 269, Munster OVG vom 28. 1. 1953 in NJW 1953 S. 1608.

3) Vgl. Forsthoff, S. 202; Kleinrahm in MDR 1948 S. 109 (Anm. zu Düsseldorf OLG aaO. S. 107); Otto Mayer I, S. 94; Wolff, VerwR., S. 265, 271; Berlin OVG vom 13. 11. 1953 in DRspr. V (520) Bl. 29 d; Hannover LVG vom 28. 1. 1949 in DVBl. 1950 S. 250 (251).

4) Das schließt nicht aus, daß auch Dritte durch einen dem Empfänger wirksam bekannt gemachten Verwaltungsakt "betroffen" sein und daher den Verwaltungsakt anfechten können. Insofern kommt es auf die Adressierung nicht an. Vgl. BVerwG vom 26. 1. 1954 in MDR 1954 S. 395; die Entscheidung enthält eine Definition, wer Betroffener i. S. von § 15 rhpf. VVG ist. Vgl. ferner Lüneburg OVG vom 16. 9. 1953 E Bd. 7 S. 300 (305) und vom 14. 10. 1953 in DVBl. 1954 S. 26 (27).

5) Zwar ist die Pflicht zur Bekanntgabe der Festsetzung nicht ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben. Sie folgt jedoch aus der Qualifizierung der Festsetzung als Verwaltungsakt. Vgl. Vogel, Anm. 3 zu § 63 nVwVG. Abweichend von Rosen-von Hoewel, Erl. I 2 zu § 14 EVwV; der die Bekanntgabe der Festsetzung nicht für erforderlich hält. Das ist folgerichtig, da sie nach seiner Meinung kein Verwaltungsakt ist.

6) Vgl. Nebinger, S. 221 f.

Behörde am Unterrichtungswillen. Da das Zwangsmittel hier somit nicht durch einen Verwaltungsakt festgesetzt ist, kommen der Zwangsanwendung die Rechtswirkungen zu, die sonst die Festsetzung äußert. Die Zwangsanwendung wird nicht von einer bereits in der Festsetzung getroffenen Regelung gedeckt, sondern ist selbständig rechtserheblich. Die Zwangsanwendung ohne vorausgehende Bekanntgabe eines Festsetzungsaktes stellt also einen Verwaltungsakt dar, und zwar einen Festsetzungsakt. Da aber, von der Ausnahme des § 55 Abs. 2 nwVwVG abgesehen, die - tatsächlich sich vollziehende - Anwendung nicht gleichzeitig mit der Festsetzung vorgenommen werden kann, so wirkt dies auf den Akt der Festsetzung und macht ihn fehlerhaft.

Das gleiche gilt, wenn die Festsetzung zwar nicht unterblieben, sondern bekanntgemacht, später aber wieder aufgehoben ist. Auch hier ist die Zwangsanwendung selbständig rechtserheblich und daher ein fehlerhafter Verwaltungsakt.

Der unterbliebenen Bekanntmachung der Festsetzung steht auch der Fall gleich, in dem der Zwang gegen jemand anderen als denjenigen angewendet wird, gegen den er zuvor festgesetzt worden ist. Die Anwendung äußert hier gegen den anderen selbständige Wirkungen und ist daher als Verwaltungsakt zu qualifizieren.^{1) 2)}

Ist die Zwangsanwendung selbständig rechtserheblich und wirksam, wenn ihr keine Ordnungsverfügung zeitlich vorausgeht? Hier liegt sofortige Anwendung im Sinne von § 55 Abs. 2 nwVwVG vor, falls die dort als Voraussetzung festgelegten besonderen Umstände gegeben sind.³⁾ Die sofortige Zwangsanwendung ist schon nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift anfechtbar, § 67 Abs. 2 nwVwVG. Eine weitere Prüfung erübrigt sich daher. Das gleiche gilt für den Fall, daß sofortiger Zwang angewendet wird, ohne daß die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 nwVwVG vorliegen.

1) Vgl. Zschacke, S. 14.

2) Anders ist ein Fall zu beurteilen, in dem der Gewalthaber über eine - einen Gefahrenzustand bildende - Sache, demgegenüber Zwang festgesetzt ist, die Sache auf einen anderen überträgt, um die Sache dem notwendigen Zugriff zu entziehen. Der neue Gewalthaber muß sich dann die frühere Zwangsfestsetzung selbst zurechnen lassen.

3) Vgl. oben S. 20 ff.

Die Festsetzung des Zwangsmittels kann nichtig sein. Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes liegt vor, wenn ihm besonders grobe Fehler anhaften, so daß sie die grundsätzlich für jeden Verwaltungsakt bestehende Vermutung der Rechtswirksamkeit widerlegen. Ein nichtiger Verwaltungsakt äußert keine rechtlichen Wirkungen.¹⁾

Bei minder gewichtigen Fehlern ist ein Verwaltungsakt rechtswirksam, bis er von der erlassenden Stelle widerrufen oder im gerichtlichen Anfechtungsverfahren aufgehoben wird. Er ist also nur in einer Weise fehlerhaft, die zur Anfechtung berechtigt.²⁾

Eine nichtige Zwangsfestsetzung ist rechtlich wirkungslos, enthält also auch keine wirksame Regelung.³⁾ Die der nichtigen Festsetzung gemäß vorgenommene Anwendung des Zwanges könnte wegen der Nichtigkeit der Festsetzung ebenfalls nichtig, also grundsätzlich wirkungslos und unbeachtlich sein, sie könnte aber auch nur mangelhaft sein. Mangels rechtswirksamer Festsetzung wendet die Vollzugsbehörde in einem solchen Fall Zwang im Widerspruch zu der Vorschrift des § 64 Abs. 1 nVwVG nicht einer "Festsetzung gemäß" an. Da die Zwangsanwendung selbst aber rechtlich einwandfrei erfolgt, ist hierin nur ein weniger schwerer Fehler zu sehen, der die Zwangsanwendung zu einem anfechtbar mangelhaften Verwaltungsakt macht.

Auch die Ordnungsverfügung kann wegen grober Fehler nichtig sein. Äußert die Anwendung von Zwang zur Durchsetzung einer nichtigen Ordnungsverfügung selbständige rechtliche Wirkungen? Die einzelnen Maßnahmen des ordnungsbehördlichen Zwangsverfahrens (Andro-

1) Zu den im einzelnen verschiedenen Meinungen, wann Nichtigkeit anzunehmen ist, vgl. Wolff, VerwR., S. 259 ff., und Forsthoff, S. 208 ff., für viele.

2) Das ist Mangelhaftigkeit im Sinne von Wolff, VerwR., S. 275 ff.

3) Z.B. sachliche Unzuständigkeit der erlassenden Behörde: nicht die Vollzugsbehörde, sondern eine Bundeswehrdienststelle setzt gegen den Betroffenen Zwang fest; oder rechtliche Unmöglichkeit: Eine Ordnungsbehörde setzt fest, ein Bauunternehmer solle nicht mehr bei der Vergabe von Bauaufträgen durch die Gemeinde berücksichtigt werden, um ihn zu bewegen, einer Ordnungsverfügung nachzukommen, in der ihm aufgegeben ist, einen Obdachlosen in seine Wohnung aufzunehmen. Ein solches Zwangsmittel ist gesetzlich nicht vorgesehen und daher ausgeschlossen, vgl. oben S. 6 f.

hung, Festsetzung und Anwendung) stehen mit der zugrunde liegenden Ordnungsverfügung in einem engen Zusammenhang. Die Verfügung bestimmt den Pflichtigen zu einem konkret bezeichneten Tun oder Lassen. Das Zwangsverfahren hat die Aufgabe, diesen Befehl zu vollziehen, wenn der Pflichtige ihm nicht freiwillig nachkommt. Ist die Ordnungsverfügung nichtig, können ihr nicht auf dem Umweg über das Zwangsverfahren rechtliche Wirkungen beigelegt werden. Aus der engen sachlichen Verbindung von Verfügung und Zwangsverfahren ergibt sich, daß die einzelnen Zwangsmaßnahmen von der Nichtigkeit der durchzusetzenden Verfügung ergriffen werden. Daraus folgt, daß die Zwangsfestsetzung nichtig ist und keine Regelung treffen kann. Die dieser Festsetzung gemäß durchgeführte Zwanganwendung ist ebenfalls nichtig und als nichtiger Verwaltungsakt anfechtbar, und zwar deshalb, weil schon die Verfügung nichtig war, deren Nichtigkeit schwer wiegt.

Die Zwangsfestsetzung kann lediglich anfechtbar sein. Der anfechtbar fehlerhafte (mangelhafte) Verwaltungsakt ist, wie bereits ausgeführt, nicht nichtig, sondern (zunächst) wirksam, solange er nicht angefochten wird. Daraus ergibt sich, daß eine nur anfechtbar fehlerhafte Zwangsfestsetzung rechtswirksam Rechte für die Vollzugsbehörde und Pflichten für den Betroffenen begründet hat. Die Anwendung von Zwang gemäß der mangelhaften Festsetzung stützt sich auf eine rechtswirksame Festsetzung. Sie begründet selbständig keine Rechten und Pflichten, die nicht schon der Festsetzung entspringen und enthält daher keine selbständig rechtserheblichen und nach außen wirksamen Wirkungen. Sie ist damit kein Verwaltungsakt und nicht anfechtbar.

Die nur mangelhafte Ordnungsverfügung ist ebenfalls bis zu ihrer Aufhebung rechtsbeständig. Die zu ihrer Durchsetzung ergehenden Zwangsmaßnahmen Androhung und Festsetzung sind wirksam. Die Zwanganwendung enthält keine unmittelbaren Rechtswirkungen, sondern realisiert nur die dort getroffene Regelung.¹⁾ Sie ist kein Verwaltungsakt und daher nicht anfechtbar.

Die Beziehungen der Zwanganwendung zur Festsetzung und zur Ordnungsverfügung können nicht nur deshalb gestört sein, weil die

1) Vgl. oben S. 61 f.

vorausgehenden Akte fehlen oder angreifbar sind, sondern auch insofern, als die Anwendung des Zwanges nicht der Festsetzung gemäß erfolgt, wie § 64 Abs. 1 nVwVG es vorschreibt.

Praktisch am häufigsten dürfte der Fall eintreten, daß die Anwendung des Zwanges von seiner Festsetzung abweicht.¹⁾ Soweit die Anwendung nicht mit der Festsetzung des Zwanges übereinstimmt, fehlt eine der Anwendung vorausgehende Festsetzung. Der Fall entspricht demjenigen, in dem eine rechtswirksame Zwangsfestsetzung überhaupt unterblieben (das heißt: nicht bekanntgemacht und daher wirkungslos) ist.²⁾ In den Punkten, in denen die Anwendung von der Festsetzung des Zwanges verschieden ist, trifft sie eine neue rechtswirksame Regelung, die einen Verwaltungsakt darstellt und anfechtbar ist.³⁾

Das gleiche gilt, wenn die Festsetzung inhaltlich so unbestimmt ist, daß sich mit ihrem Wortlaut mehrere Anwendungen in unterschiedlicher Form vereinen lassen. Auch hier wird erst in der Anwendung unmittelbar eine Regelung getroffen, aus der sich ergibt, wozu die Behörde berechtigt und der Pflichtige verpflichtet sein soll.⁴⁾

Ist die Zwangsanwendung als selbständiger Verwaltungsakt anfechtbar, wenn die auf Grund der Ordnungsverfügung im Zwangswege zu beseitigende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nachträglich wegfällt, und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem das Zwangsmittel bereits festgesetzt ist? Ein nachträglicher Gefahrenwegfall kann vorliegen, wenn neue tatsächliche Umstände eintreten, oder wenn sich die rechtlichen Grundlagen, die die Annahme einer Gefahrenlage rechtfertigen, ändern, oder schließlich, wenn der Pflichtige seiner Verpflichtung nachkommt. Festsetzung

1) Z.B. Eine Giebelmauer droht einzustürzen. Die Ordnungsbehörde setzt daher das Zwangsmittel der Ersatzvornahme in der Weise fest, daß die Wand von einem Bauunternehmer abgestützt werden soll. Bei der Zwangsanwendung läßt sie die Wand einreißen.

2) Vgl. oben S. 63 f.

3) Vgl. auch prOVG vom 1. 11. 1934 E Bd. 95 S. 112 (118 f.).

4) Vgl. Hamburg OVG vom 3. 7. 1952 in MDR 1952 S. 697, wonach die Festsetzung rechtswidrig ist, wenn sie sich auf eine inhaltlich unbestimmte sachliche Anordnung stützt.

und Anwendung des Zwanges gehen in diesen Fällen von verschiedenen Voraussetzungen aus. Der Festsetzung liegt eine Gefahrenlage zugrunde, die die Ordnungsverfügung beseitigen will. Die Anwendung des Zwanges dagegen beruht auf einer Situation, die nicht mehr gefährlich ist. Sie verstößt somit gegen das in § 64 Abs. 3 nWVG enthaltene Gebot an die Verwaltung, den Zwang einzustellen, sobald sein Zweck erreicht ist. Unter solchen Umständen mag zwar die Anwendung äußerlich nach § 64 Abs. 1 nWVG "der Festsetzung gemäß" durchgeführt werden, sie weicht jedoch in ihrem materialen Gehalt davon ab. Der Vollzug einer für eine bestimmte Situation vorgesehenen Regelung in einer anderen Situation stimmt wesentlich nicht mit der ursprünglichen Sachverhaltsregelung überein. Die Anwendung von Zwang, die von anderen Voraussetzungen, hier also von dem Wegfall der Gefahr, ausgeht als die voraufgehende Festsetzung, enthält daher eine neue selbständige Regelung, die sie als Verwaltungsakt qualifiziert. Die Zwangsanwendung trotz inzwischen beseitigter Gefahr ist im Verwaltungsgerichtsweg anfechtbar.

Die Vollzugsbehörde darf Zwang erst anwenden, wenn die zugrunde liegende Ordnungsverfügung unanfechtbar geworden oder wenn ihr sofortiger Vollzug angeordnet ist oder wenn dem eingelegten Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt, § 55 Abs. 1 nWVG. Ist die Zwangsanwendung als Verwaltungsakt anfechtbar, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen? Die Festsetzung eines Zwangsmittels begründet das Recht der Vollzugsbehörde, Zwang anzuwenden, und zwar in der Form, wie es das Gesetz im einzelnen vorschreibt. Die Festsetzung gibt nicht das Recht, Zwang in einer rechtswidrigen Art und Weise anzuwenden. Eine Zwangsanwendung unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften weicht von der in der Festsetzung enthaltenen Regelung ab und ist daher selbständig rechtserheblich. Eine Zwangsanwendung, die die in § 55 Abs. 1 nWVG bestimmten Voraussetzungen nicht beachtet, also - ohne auf dies ausnahmsweise zugelassen ist - vor Rechtskraft der zugrunde liegenden Ordnungsverfügung durchgeführt wird, äußert unmittelbare, selbständige Rechtswirkungen. Sie ist ein Verwaltungsakt und daher anfechtbar.

Die Anwendung von Zwang durch die Vollzugsbehörde ist also dann

selbständig rechtserheblich und nach außen wirksam und somit als Verwaltungsakt zu qualifizieren, wenn die zugrunde liegende Ordnungsverfügung oder Festsetzung nichtig ist, wenn die Festsetzung fehlt und wenn die Zwangsanwendung nicht der Festsetzung gemäß ausgeübt wird, sei es, daß die Anwendung von der Festsetzung abweicht oder daß die zugrunde liegende Gefahrenlage weggefallen ist oder daß Zwang - ohne daß dies ausnahmsweise gerechtfertigt ist - vor Rechtskraft der Ordnungsverfügung angewendet wird. In allen Fällen, in denen Ordnungsverfügung oder Festsetzung nur anfechtbar fehlerhaft (mangelhaft) sind oder in denen die Anwendung des Zwanges inhaltlich mit seiner Festsetzung übereinstimmt, ist die Zwangsanwendung kein Verwaltungsakt und daher nicht anfechtbar.

c) Beschränkung der Anfechtbarkeit von Zwangsfestsetzung und

Zwangsanwendung durch Unanfechtbarkeit der vorausgehenden

Maßnahmen

Die Qualifizierung der Festsetzung und unter Umständen der Anwendung von Zwangsmitteln als Verwaltungsakte bedeutet, daß die Verwaltungsgerichte grundsätzlich zu ihrer Überprüfung sachlich zuständig sind, §§ 40, 42 VwGO. Die zugrunde liegende Ordnungsverfügung und die zu ihrer Durchsetzung getroffenen Vollzugsmaßnahmen Androhung, Festsetzung und Anwendung eines Zwangsmittels dienen gleichermaßen - unmittelbar oder mittelbar - dem Ziel, eine bestimmte Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, §§ 1, 14, 25 nWOBG.¹⁾ Sie liegen also alle "auf derselben Linie". Es liegt daher die Frage nahe, ob zur Begründung der Anfechtungsklage gegen die Anwendung von Zwang auch behauptete Rechtsverletzungen durch die Festsetzung, die Androhung und die zugrunde liegende Verfügung, ob gegen die Zwangsfestsetzung auch durch die Androhung und die Verfügung begangene Rechtsverletzungen geltend gemacht werden können.

Nach der Generalklausel, wie sie in §§ 40, 42 Abs. 1 VwGO und in

1) Vgl. oben S. 7 f.

Art. 19 Abs. 4 GG zum Ausdruck gekommen ist, kann jeder, der in seinen Rechten von der öffentlichen Gewalt verletzt oder beeinträchtigt ist, hiergegen klagen. Das Anfechtungsrecht gegenüber jedem Verwaltungsakt ist jedoch zeitlich beschränkt. Es ist im Vorverfahren und im Verwaltungsstreitverfahren an die Einhaltung einer Frist geknüpft.¹⁾ Die Anfechtungsfrist beträgt einen Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes oder, bei eingelegtem Widerspruch, einen Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheides, § 74 VwGO. Die Frist dient, wie alle Rechtsbehelfsfristen, dazu, die Unsicherheit über die Rechtmäßigkeit des Hoheitsaktes möglichst bald zu beseitigen. Mit Ablauf der Anfechtungsfrist wird daher der Verwaltungsakt für den Betroffenen unanfechtbar, wenn nicht inzwischen ein Rechtsbehelf eingelegt worden ist. Lediglich die Verwaltungsbehörde selbst kann den Verwaltungsakt unter gewissen Voraussetzungen wieder zurücknehmen. Wolff²⁾ hat hierfür den Begriff der formellen "Bestandskraft" des Verwaltungsaktes geprägt. Hier von formeller "Rechtskraft" zu sprechen wäre ungenau, da Rechtskraft bedeutet, daß auch die erlassende Behörde gebunden ist.³⁾ Nach Einlegung eines Rechtsbehelfs tritt die formelle Bestandskraft nach den besonderen verfahrensrechtlichen Vorschriften ein. Alsdann kann eine Nachprüfung des Verwaltungsaktes lediglich im Wege einer Wiederaufnahme des (gerichtlichen) Verfahrens, § 153 VwGO, evtl. auch durch eine Verfassungsbeschwerde, §§ 90 ff BVerfGG, erreicht werden. Gleichwohl ist es möglich, daß formell bestandskräftigen Verwaltungsakten Fehler anhaften, sei es, daß der Betroffene die ihm mit der Anfechtungsfrist zugestandene Überlegungszeit untätig hat verstreichen lassen, sei es, daß der Instanzenzug beendet ist. Solche Fehler müssen - sofern sie nicht ausnahmsweise Nichtigkeit zur Folge haben - von dem Betroffenen im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Dem Betroffenen ist es daher verwehrt, Fehler eines Verwaltungsaktes in einem Verfahren zur Anfechtung einer späteren, auf den fehlerhaften Akt gegründeten Maßnahme noch geltend zu machen. Andernfalls hätte die Festsetzung von Anfechtungsfristen

- 1) Ausnahme: die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes kann jederzeit geltend gemacht werden.
- 2) VerwR., S. 283 f.
- 3) Zur Kritik der Bezeichnung "Rechtskraft" bei Verwaltungsakten vgl. auch Baring, Rechtskraft, S. 1073.

im Verwaltungsrecht keinen Sinn. "Die durch Ablauf der Anfechtungsfrist verschlossene Tür kann nicht auf dem Umweg für die Abwehr eines Vollstreckungsaktes wieder geöffnet werden."¹⁾ Für die Geltendmachung von Fehlern, die in formell bestandskräftigen Entscheidungen enthalten sind, fehlt daher ein Rechtsschutzbedürfnis.²⁾

Solche Fehler können, wenn sie die Ordnungsverfügung oder die Zwangsandrohung entält, nicht mehr im Rahmen einer Anfechtung der Festsetzung geltend gemacht werden. Fehler, die der Ordnungsverfügung, der Androhung oder der Festsetzung anhaften, können nicht mehr zur Begründung der Anfechtung der Zwangsanwendung vorgebracht werden.

In Anwendung dieser Gedanken bestimmt § 67 Abs. 1 S. 3 nwVwVG, daß die nicht mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbundene Androhung eines Zwangsmittels von dem Zeitpunkt ab, in dem der Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist, nur insoweit angefochten werden kann, "als eine Rechtsverletzung durch die Androhung selbst behauptet wird."³⁾ Die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses bei der Anfechtung von Festsetzung und Anwendung eines Zwangsmittels verhindert also, unanfechtbar gewordene Ordnungsverfügungen oder unanfechtbare vorhergehende Maßnahmen des Verwaltungszwanges von neuem aufzurollen. Die Anfechtung von Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung erstreckt sich immer nur auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit gerade dieser Akte.⁴⁾

1) So Zschacke, S. 13; vgl. auch Menger, S. 106 f.; Bachof, Klage, S. 24 f.

2) Vgl. Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 14 BVwVG; Vogel, Anm. 5 zu § 63.

3) Anders noch § 133 Abs. 2 prLVG: mit der Anfechtung der Androhung konnte noch die zugrunde liegende Verfügung angefochten werden, auch wenn diese bereits unanfechtbar geworden war, soweit sie nicht schon Gegenstand eines besonderen Verfahrens gewesen war. Nach § 57 prPVG konnte die Polizeiverfügung zugleich mit der Androhung angefochten werden, sofern erstere nur im Zeitpunkt der Androhung noch anfechtbar gewesen war.

4) Vgl. auch Bachof, Klage, S. 24 f.; Drews-Wacke, PolR., S. 379; Haueisen, S. 1460; Neumann, S. 306; Rietdorf OBG, Anm. 2 zu § 18 BVwVG; Scholtissek, S. 134; Vogel, Anm. 3 zu § 63 nwVwVG; sowie BVerwG vom 8. 5. 1958 E Bd. 6 S. 321 ff. und vom 9. 7. 1956 in DVerwBl. 1957 S. 581 = NJW 1956 S. 1652; Münster OVG vom 2. 12. 1958 in DVBl. 1959 S. 478 ff., vom 9. 1. 1952 E Bd.

In diesem Zusammenhang sei noch auf die Bedeutung hingewiesen, die eine Anfechtung der Festsetzung von Zwang für seine nachfolgende Anwendung hat. Nach § 8 S. 1 des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes zur VwGO¹⁾ in Vb. mit § 187 Abs. 3 VwGO haben Rechtsbehelfe, die sich gegen Maßnahmen der Vollzugsbehörden Nordrhein-Westfalens in der Verwaltungsvollstreckung richten, entgegen der grundsätzlichen Regelung in § 80 Abs. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Daher hindert die Anfechtung der Festsetzung des Zwangsmittels nicht seine Anwendung. Die nicht angefochtene Festsetzung braucht bei Anwendung von Zwang noch nicht bestandskräftig geworden zu sein.

D. Zusammenfassung

=====

Die Frage, welche Rechtsbehelfe gegen die Festsetzung und Anwendung von Zwangsmitteln auf Grund des nWOBG in Verbindung mit dem nWVwVG gegeben sind, ist in diesen Gesetzen nicht ausdrücklich geregelt, wenn man von der Anordnung und Vollstreckung der Ersatzzwangshaft sowie der Anwendung des Zwangsmittels Zwangsgeld, die in der Form der Beitreibung vor sich geht, absieht.

Der Rechtsschutz gegen Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung in den übrigen Fällen richtet sich nach der VwGO. Entscheidend ist dabei, ob diese Maßnahmen Verwaltungsakte sind und somit mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können oder nicht. Sie sind - das dürfte unproblematisch sein - Maßnahmen, die eine Verwaltungsbehörde (hier also die Ordnungsbehörde als Vollzugsbehörde) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts hinsichtlich eines Einzelfalles trifft. Fraglich ist jedoch, ob sie eine Regelung zum Inhalt haben. Sie sind einseitige Akte der Vollzugsbehörde. Sie enthalten auch eine auf einen Rechtserfolg gerichtete Willensaußerung. Die Rechtserheblichkeit der Festsetzung liegt darin, daß sie darauf gerichtet ist, die Vollzugsbehörde zu berechtigen, Zwang anzuwenden; die Rechtserheblichkeit der Anwendung bedeutet,

5 S. 176 (177) = DÖV 1953 S. 474; Kassel VG vom 13. 6. 1950 in NJW 1952 S. 200; Bezirks-VG Berlin vom 12. 3. 1948 in NJW 1949 S. 38; Bezirks-VG Berlin-Zehlendorf vom 30. 9. 1949 in DVBl. 1950 S. 409 sowie vom 4. 11. 1949 in NJW 1950 S. 396.

1) vom 26. 3. 1960 (GV. Bl. S. 47).

daß die Vollzugsbehörde in den geschützten Rechtskreis des Pflichtigen eingreift. Die Außenwirkung der Festsetzung ist darin zu sehen, daß der Pflichtige verpflichtet wird, den Zwangseingriff zu dulden, geschehen zu lassen. Die Zwangsanwendung wirkt sich auf ihn aus, weil die Vollzugsbehörde mit ihr vom Pflichtigen Duldung ihrer Maßnahmen verlangt. Während die Festsetzung unmittelbar selbst die Duldungspflicht des Betroffenen begründet, fehlt es jedoch der Anwendung in der Regel an einer selbständigen Verpflichtungswirkung. Die Anwendung von Zwang greift lediglich die bereits mit der Festsetzung begründete Duldungspflicht für den Pflichtigen auf und vollzieht die von ihm zu duldenden Maßnahmen. Damit ist die Zwangsfestsetzung immer ein Verwaltungsakt, die Zwangsanwendung dagegen regelmäßig nicht. Die Anwendung ist nur dann ein Verwaltungsakt, wenn sie den Pflichtigen zu einer Duldung verpflichtet, die zuvor noch nicht ~~oder~~ doch nicht wirksam von der Festsetzung ausgesprochen ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Festsetzung unterblieben oder wieder aufgehoben oder nichtig ist, wenn die zugrunde liegende Ordnungsverfügung nichtig ist, oder wenn die Anwendung des Zwangsmittels von seiner Festsetzung abweicht, wenn die Anwendung auf anderen tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen als die Festsetzung beruht, oder auch dann, wenn die Zwangsanwendung - ohne daß das Zwangsmittel ausnahmsweise sofort vollziehbar ist - bereits vor Eintritt der Unanfechtbarkeit der zugrunde liegenden Ordnungsverfügung vorgenommen wird. In diesen Fällen enthält die Zwangsanwendung eine selbständige Außenwirkung, regelt also unmittelbar etwas. Sie ist dann Verwaltungsakt.

Als Verwaltungsakte sind Festsetzung und Anwendung von Zwang zunächst in einem durch die Erhebung des Widerspruchs veranlaßten verwaltungsmäßigen Vorverfahren nachzuprüfen. Bei Erlaß eines Widerspruchsbescheides kann der Betroffene die Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht erheben.

Zwangsfestsetzung und Zwangsanwendung als Verwaltungsakte sind jedoch nur dann anfechtbar, wenn sich die erhobenen Einwendungen unmittelbar gegen sie selbst richten. Einwendungen, die sich sachlich gegen voraufgehende Verwaltungsakte wenden, die bereits unanfechtbar geworden sind, können nicht auf dem Umweg einer

Anfechtung von Festsetzung oder Anwendung geltend gemacht werden. Hierfür fehlt das Rechtsschutzbedürfnis. Damit ist einer uferlosen Anfechtbarkeit der ordnungsbehördlichen Zwangsakte eine hinreichende Schranke gesetzt.

L e b e n s l a u f =====

Am 10. August 1932 wurde ich in Bochum als Sohn des Stadtrates Dr. iur. Karl A r e n s und seiner Ehefrau Luise geb. Vieler geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger und gehöre der römisch-katholischen Religion an.

Am 11. Februar 1952 bestand ich am Märkischen Gymnasium (neusprachlicher Zweig) in Iserlohn die Reifeprüfung. Ich studierte Rechtswissenschaft, und zwar zunächst drei Semester an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn und dann vier Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster. Am 2. Dezember 1955 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm ab. Meine Ausbildung als Referendar schloß mit der großen juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf am 28. April 1960 ab.

Ich war dann bis zum 31. Januar 1962 in einem Iserlohner Anwaltsbüro tätig und bin seit dem 1. Februar 1962 Beamter des höheren Dienstes in der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen.

